
HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 748 107


SIGILLUM ACADEMIAE HARVARDINAE IN NOV ANG
VE
RI
TAS
CHRISTO ET ECCLESIAE



OBLIGACIONES

EN

DERECHO ROMANO.

POR VAN WETTER

PRIMERA TRADUCCION ESPAÑOLA

NOTAS POR EL

Lic. AGUSTIN VERDUGO.

TOMO I.

MEXICO.
Talleres de Imprenta, Encuadernación y Rayados de M. Nava
2ª Calle de Mesones Núm. 14.

1903

LA CIENCIA JURIDICA

"LA CIENCIA JURIDICA"

Revista y Biblioteca quincenal de Doctrina, Jurisprudencia

Crítica, Bibliografía y Consultas.

DIRECTOR Y PROPIETARIO

LIC. AGUSTIN VERDUGO

X 120 c

LAS OBLIGACIONES

EN DERECHO ROMANO

—POR—

Polyrice Alfred Henri

B. VAN WETTER

Profesor ordinario en la Universidad de Gante

Traducción especial para

"La Ciencia Jurídica,

y notas por el Sr.

LIC. AGUSTIN VERDUGO.

MEXICO

TALLERES TIPOGRÁFICOS DE "EL CORREO ESPAÑOL"

Calle de Chavarría núm. 5

1903.

11/5/27

TITULO I

DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

Inst. 3, 13 *de obligationibus*. Dig. 44, 7 *de obligationibus et actionibus*. Cod. 4-10, *eod.*

§ *1.—Nociones.*

I. La obligación es una relación jurídica en virtud de la cual una persona se compromete á una prestación en favor de otra: *obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei* (1). Ella tiene por antítesis el derecho real. Uno y otro derecho se refieren al patrimonio; pero el derecho real se refiere directamente, pues confiere un poder directo sobre una cosa, y afectando inmediatamente esa cosa, existe respecto de todos los miembros de la sociedad; todos deben respetarlo como derecho absoluto. Del mismo modo, la acción que produce se da contra cualquiera que atente á ese derecho y por esto se llama acción real (2). La obligación no se refiere sino indi-

---

(1) Inst. *de obligat*, pr. El texto añade á la definición las palabras: *secundum nostrae civitatis jura*. Se entiende que define exclusivamente la obligación civil.

(2) Arts. 1327 del Código Civil, 3 y 4 del de Procedimientos civiles del Distrito Federal de México.

Sentencia del Juzgado 6º de lo civil del Distrito Federal de 31 de Julio de 1880, considerando primero, (Anuario Macedo, *Sec. de Jurisp.* tom. I, pág. 67); Id. del Juzgado de Letras de Ciudad Juárez de 30 de Junio de 1893, considerando cuarto (Anuario íd., *Sec. id.* tom. XII, pág. 4 y 5).

rectamente al patrimonio y no da un poder inmediato sobre la cosa debida. El deudor de obligación es plenamente própietario de aquella cosa y conserva sobre ella todas las prerrogativas de la propiedad. Alguno me promete un caballo ó una suma de mil francos; me vende un fundo de tierra; queda propietario de la cosa debida y puede transferir su propiedad á otro ó conceder sobre ella derechos reales de toda especie. La obligación se refiere indirectamente al patrimonio, en el sentido de que el acreedor tiene derecho á una prestación de parte del deudor, cuyo hecho se propone por objeto. Si se trata de una cosa corpórea, el acreedor puede exigir del deudor la tradición de esa cosa; la obligación tiende á procurársela. Como se ha dicho es un *jus ad rem* y no un *jus in re*. El jurisconsulto Paulo desenvuelve esta idea en los términos siguientes: *Obligationum substantia non in eo conistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut aliud nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel proestandum* [1]. Así, según Paulo, el *dare*, el *facere* y el *praestare* constituyen el triple objeto de la obligación. En un sentido propio, el *dare* comprende la traslación de la propiedad de una cosa [2] y la concesión de un derecho real [3]; el *facere* abraza todos los otros hechos del hombre [4]; luego también los hechos negativos, el *non facere* [5], y además la entrega de una cosa con otro objeto que el de conceder un derecho real, es decir, el *tradere* [6] ó el *praestare* [7]. Pero á veces se atribuye al *dare* un sentido más lato,

---

(1) *Dig.* 44, 7, *de obligat et act.* l. 3 pr.

(2) *Dig.* 45, 1 *de verb. obligat.* l. 75, § 10, l. 103.

(3) *Dig. eod.*, l. 56, § 6. L. 136 § 1; 20, 1, *de pignor*, l. 5, § 2.

(4) *Dig.* 45, 1, *de verb. obligat*, l. 2 pr., L. 72 *pr. initio.*

(5) *Dig.* 50, 16, *de verb. significat*, l. 189 y 45, 1, *de verb. obligat.* l. 75, § 7.

(6) *Dig.* 45, 1, *de verb. obligat.* l. 72 pr. *initio*, l. 75, § 7 initio.

(7) *Dig.*, 19, 1, *de act, empti et venditi*, l. 11, § 2 initio; 19, 2 *locati;* l. 15, § 1 y 2 l. 19, § 2. Sent. del Juzgado de Letras de Ciudad Juárez,

comprendiéndose bajo esta palabra la entrega de una cosa por un título cualquiera, por consiguiente también el *tradere* [1], y no aplicándose entonces el *facere* sino á los hechos propiamente dichos. Como se ve, el *dare* y el *facere* agotan completamente el objeto de la obligación; el *praestare* es inútil; pero nuestras fuentes se sirven especialmente de este tercer término para la prestación de daños y perjuicios (*proestare id, quod interest*) [2]. Por su misma naturaleza, la obligación no es sino un derecho relativo, que no tiene existencia sino respecto del deudor; todos los demás miembros del cuerpo social son extraños á ella y no se conciebe que puedan atacarla. Así no resulta de la obligación sino una acción personal exclusivamente contra el deudor y sus herederos que, por suceder á la persona, se convierten ellos también en deudores [3].

II. En la antigua terminología romana, la obligación se llamaba *nexum* ó *nexus* [4]; la palabra *obligatio* no aparece sino más tarde y acaba por ser la única regularmente usada. Se notará que las dos expresiones son el equivalente de la palabra francesa *lieu; nexum* viene de *nectere*, anudar, ligar; *obligatio*, de *ob* y *ligare*, enlazar. Paulo expresa la misma idea cuando define la *obligatio* un *vinculum juris, quo necessitate adstringimur* [5]. De aquí tam-

---

(Chihuahua, México) de 30 de Junio de 1893, considerando cuarto. (Anuario Macedo, *Sec. de Jurisp.* tom. XII. pág. [illegible] 5).

(1) *Inst.* 3, 14 *quib. mod. re contr. oblig.*, § 2 initio; *Id.* 3, 22, *de cons. oblig.*, § 1. *Dig.* 6, 3, *si ager vectig., it est emphyt pet*, l. 1. pr.; *Id.* 16, 3, *de pos.*, l. 1 pr. initio; *Id.* 19, 2, *locati*, l. 60, pr,; *Id.* 43, 26, *de prec.*, l, 12, pr. initio.

(2) *Dig.* 19, 1 *de act. empti et venditi*, l. 11, § 18. *Id.* 19, 2, *locati*, l. 33.

(3) Arts. 1326, 1423 á 1457, *Contra:* 1436 y 2822 del Código Civil; 5, 6 y 19 del de Procedimientos Civiles del Distrito Federal de México.

(4) *Dig.* 12, 6 *de condict. indeb.* l. 26, § 7; *Id*: 46, 4, *de acceptil.* l. 1. Encontraremos todavía la misma palabra en un sentido más especial. Tomo II, § 76.

(5) *Dig.* 44, 7, *de obligat. et act.* l. 3, pr.

bién las expresiones: *contrahere obligationes y contractus* [1].

III. La obligación comprende una faz activa, el derecho de crédito ó el crédito, y una faz pasiva, la deuda. Ella supone también un acreedor (*creditor*) [2] y un deudor (*debitor*); uno y otro son designados por el nombre de *rei* [3]; el acreedor es el *reus stipulandi*, el deudor el *reus promittendi* [4].

IV. Independientemente de la relación jurídica entre el deudor y el acreedor, la palabra *obligatio* designa también:

1º Una de las fases de esta relación, el crédito [5] ó la deuda [6].

2º La fuente de la obligación, es decir, el hecho que le da nacimiento [7].

3º El escrito que sirve para probarla (*instrumentum*) [8].

4º La hipoteca, que es una *obligatio rei* [9].

(1) Arts. 1272 y 1277 del Código Civil del Distrito Federal de México.

(2) *Dig.* 50, 16, *De verborum significatione*, l. 10, l, 11, l. 12 pr.

(3) *Festus, de verbor. signific.*, vº Reus. *Dig.* 45, 1, *de verb. obligat.* l. 5, pr. *ex conventione reorum; Dig.* 45, 2, *de duobus constituendis.*

(4) *Dig.* 45, 2, *de duob, reis constit.* l. 1.

(5) *Inst.* 3, 19, *de inutil, stipul.* § IV. *Id.* 3, 28 *per quas personas nobis obligatio adquiritur; Id.* 2, 2, *de reb. incorpor* § 2, *jus obligationis.*

(6) *Dig.* 12, 7, *de condict. sine causa*, l. 3; *Id.* 16. 1, *ad senatum consultum vel.* l. 19, § 2; *Id.* 3, 3 *de procur.* l. 67, *obligationis tamen onere.*

(7) *Dig.* 44, 7 *de obligat. et act.* l. 53. pr. *Id.* 50, 16, *de verb. signif.* l. 19.

(8) *Cod.* 4, 30, *de non numer pec.* l. 7.

(9) *Dig.* 20, 1, *de pignor*, l. 23 § 1.

CAPITULO I

DE LOS EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

§ *2. Resumen de la materia.*

Todo deudor debe pagar; el pago es el efecto necesario de la obligación. El hará el objeto de la sección I del presente capítulo. Pero es posible que el pago no se verifique ó que se haga de una manera tardía, que haya mora. Las secciones II y III se destinarán respectivamente á la inejecución de la obligación y á la mora.

En fin, hay ciertos medios de asegurar la ejecución de la obligación. Nos ocuparemos de ellos en la sección IV.

SECCION I.—DEL PAGO

Dig. 46, 3, *de solutionibus et liberationibus*. Cod. 8, 42 eod.

§ *3. Generalidades:*

1º El pago (*solutio*) es la prestación de lo que constituye el objeto de la obligación; paga aquel que hace ú omite lo que está obligado á hacer ó á omitir; *solvere dicimus eum, qui fecit quod facere promisit* [1]. En derecho se paga toda especie de cosas, dinero acuñado, cosas muebles, inmuebles, también hechos del hombre, aunque en lenguaje vulgar no se habla sino del pago de una suma de dinero. La palabra *solutio* tiene á veces un sentido más lato, aplicándola á todas las causas de extinción de las obligaciones; en efecto, ella significa gramaticalmente ruptura,

(1) *Dig.* 50, 16, *de verb. signific.*, l. 176.

disolución del lazo obligatorio; *solvere* es deshacer este lazo, desligar [1].

2º Antes de la introducción de la moneda, el pago de una suma de dinero se hacía de un modo análogo á la mancipación, *per es et libram*; en presencia de cinco testigos, un *libri pens* pesaba el lingote de metal dado en pago por el deudor; después de lo cual el acreedor lo declaraba libre [2]. Cuando la moneda apareció en Roma, este acto solemne de pesar fué reemplazado por la simple numeración de las especies [3].

§ *4. De la persona que paga.*

I. Sólo el deudor *debe* pagar: pero cualquiera persona *puede* hacer un pago válido; cualquier tercero puede pagar en lugar del deudor, contra la voluntad del acreedor y contra la del deudor [4].

1º El puede pagar contra la voluntad del acreedor, porque éste no tiene ningún interés en rehusar el pago [5]. Pero la regla cesa con su motivo, cuando tal interés existe, y particularmente cuando el acreedor ha contratado en vista de la habilidad personal del deudor; esto sucederá frecuentemente en las obligaciones de hacer, por ejemplo, si yo estipulo con alguno que me hará un cuadro; en

(1) *Dig.* 50, 16, *de verb. signific.* l, 54; *Id.* 45, 2, *de duob, reis.* l. 2. Arts. 1514 y sig. del Código Civil del Distrito Federal de México.

(2) Gaius, III, 174.

(3) Sin embargo, vemos que, todavía en la época de Gaius, se recurría á un pago ficticio *per aes et libram* para remitir ciertas deudas al deudor. (Gaius, III, 173 y 175; V. después en esta obra § 228). Se puede, pues, suponer que se continuó durante algún tiempo, verificando el peso simbólico con ocasión de los pagos en dinero, al menos para ciertas deudas (Namur, II, § 361).

(4) Arts. 1529, 1530, 1531, 1532 y 1536 del Código Civil del Distrito Federal de México.

(5) *Dig.* 46, 3; *de solut et liberat.* l. 72, § 2.

este caso yo no estoy obligado á aceptar un cuadro de un tercero [1]. Por lo demás, si el acreedor está obligado en general á aceptar el pago ofrecido por un tercero, es libre de no cederle sus acciones relativas á la deuda; el tercero no tiene ningún título para reclamar esta cesión; si se la rehusa, está en sus facultades no pagar [2]. El beneficio de cesión de acciones pertenece exclusivamente á los codeudores solidarios y al tercero detentador de buena fe de una cosa hipotecada. En cuanto á los codeudores solidarios el beneficio se funda en que ellos están obligados á pagar solidariamente la deuda, aunque la hayan contraido conjuntamente con otros [3]. Y en cuanto al tercero detentador de buena fe de una cosa hipotecada, se justifica por la consideración de que paga la deuda para escapar á la restitución de la cosa adquirida en la ignorancia de la hipoteca.

2º El tercero puede igualmente pagar contra la voluntad del deudor, cuya oposición carece de interés [4]. Y la regla es absoluta como el motivo sobre que se funda. Basta que el tercero pague por cuenta del deudor, como mandatario, tutor, curador, ó aun como simple gestor de negocios [5]. Queda por saber si el tercero que paga por cuenta del deudor, tiene un recurso contra éste. Ciertamente tendrá este recurso, si hace el pago en calidad de mandatario, tutor ó curador del deudor. Pero, en principio, sucederá lo mismo cuando ha pagado como gestor de negocios [6]. El recurso no cesa sino cuando el tercero ha pa-

---

(1) *Dig.* 46, 3, *de solut. et liberat.*, l. 31. Arts. 1536 y 1538 del Código Civil del Distrito Federal de México.

(2) *Cód.* 8, 42, *de solut. liberat.* l. 5. Arts. 1534 y 1638 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(3) V. después en esta obra § 52, I, B.

(4) *Inst.* 3, 29 *quib. mod. oblig. toll: pr initio; Dig.* 3, 5, *de neg. gest*, l. 38; *Id.* 46, 3, *de solut. et liberat.* ll. 23 y 53.

(5) Art. 1532 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(6) Arts. 1529 á 1531, 1533, 1534 y 1535 del Cód. Civ. del D. F. de México.

gado con la intención de hacer una liberalidad al deudor ó á pesar de la oposición de éste, porque tal oposición excluye la acción contraria de gestión de negocios. Pero si el deudor se ha opuesto al pago, el tercero adquiere un recurso contra él si obtiene del acreedor la cesión voluntaria de sus acciones [1]. El recurso se ejercerá por medio de las acciones contrarias de mandato, de tutela [2] ó de gestión de negocios, ó por medio de las acciones cedidas por el acreedor, como la *actio mutui* y la acción hipotecaria.

II. Cuando la deuda tiene por objeto una dación, es decir, una traslación de propiedad ó la constitución de otro derecho real, el pago, para ser válido, requiere en la persona del que paga dos condiciones especiales: debe ser propietario de la cosa dada en pago, y capaz de enajenar; porque solo el propietario capaz de enajenar puede hacer la dación. Si falta una de estas condiciones, el pago es nulo, supuesto que la dación en pago es de su esencia y ella no se ha verificado. Pero esta nulidad del pago no es siempre igualmente absoluta, y para determinar su caracter exacto, conviene considerar separadamente las dos condiciones mencionadas [3]:

1º El que paga no era propietario de la cosa dada en pago, porque ella pertenecía á otro. En tal hipótesis el pago, en su principio, es completamente nulo, de lo cual se sigue que la deuda subsiste y que el acreedor conserva su

(1) A falta de esta cesión, el deudor no queda sometido á ningún recurso, porque, en general, no se es obligado contra la propia voluntad; se supone que el tercero ha querido hacer una liberalidad al deudor, y no se le podría acordar una acción *in factum*, porque él es lesionado por su propio hecho. Una acción *de in rem verso* es igualmente imposible, porque esta acción no se concede al *gestor de negocios* contra el dueño, sino *á los terceros* que han contratado con el *gestor* contra el dueño (*Cód.* 4, 26, *quod cum eo*, l. 7, § 3); Maynz, II, § 288, not. 3, concede erróneamente la acción *in rem verso*.

(2) Esta última acción se da útilmente al curador (*Dig.* 27, 4, *de contraria tutela et utili actione*).

(3) Art. 1527 del Cód. Civ. del D. F. de México.

acción contra el deudor [1]. El deudor de un cuerpo cierto deberá, pues, esforzarse en adquirirlo por cuenta del acreedor; el deudor de un género deberá procurarse la propiedad de la cosa dada en pago ó hacer la dación de otra cosa del mismo género; si toma este segundo partido, podrá repetir como indebida la cosa que ha dado en pago en primer lugar. Sin embargo, el pago con la cosa de otro, se confirma por la usucapión de la misma cosa [2], por su consumo [3] y por su mezcla con cosas de la misma naturaleza pertenecientes al acreedor, si la separación es imposible [4]. En efecto, haciendo la usucapión propietario al acreedor, borra el vicio del pago; sucede lo mismo con la mezcla, puesto que hace adquirir al acreedor la propiedad exclusiva de los cuerpos mezclados, por aplicación de las reglas sobre la adquisición de la propiedad por confusión; en cuanto al consumo, procura al acreedor todas las ventajas materiales de un pago regular y por tanto debe también validar ese pago. Es claro que el antiguo dueño de las cosas consumidas ó mezcladas tiene un recurso contra el deudor que se ha liberado y enriquecido á sus expensas. El deudor queda sometido por este motivo á una acción *in factum* por el emolumento ó á una acción *ad exhibendum* por daños y perjuicios, según que haya sido de buena ó de mala fe, para no hablar de las acciones que nacen del robo [5].

2º El que paga era propietario de la cosa dada en pago; pero incapaz de enajenar; por ejemplo, era un menor

---

(1) *Dig.* 46, 3, *de solut. et liberat.* l. 46 *pr. initio.*—Art. 1527 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) *Dig.* 46, 3, *de solut et liberat.* l. 60.—Arts. 1060 y relativos del Cód. Civ. del D. F. de México.

(3) *Dig.* 46, 3, l. 78.—Arts. 1528 y 1547 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(4) *Dig.* 46, 3, l. 78.

(5) *Dig.* 46, 3, l. 68.—Arts. 815 y siguientes del Cód. Civ. del D. F. de México.

de edad. El pago es también nulo en esta hipótesis [1]. Pero no lo es sino respecto del menor que sólo puede prevalerse de la nulidad. Respecto del acreedor, el pago es válido, porque para él no encierra ningún vicio, no siendo, en consecuencia, admitido á invocar la nulidad. Reputándose como no verificado el pago respecto del menor, queda propietario y puede reivindicar [2], al menos si las cosas no se han consumido [3], pues la propiedad y su reivindicación se extinguen, por falta de objeto, á consecuencia del consumo. Pero aun entonces puede el menor, fundándose en el pago indebido, ejercitar una *condictio sine causa*, para la restitución de una cantidad igual de cosas de la misma especie y calidad [4], y si el consumo se ha verificado de mala fe, obrar por daños y perjuicios con la acción *ad exhibendum* [5]. Sin embargo, si el menor no hubiera pagado sino lo que debía desde todos los puntos de vista, no tendría ningún interés en la restitución; si la obtenía, podría inmediatamente ser obligado á pagar una segunda vez la misma cosa, de una manera regular, por lo cual su acción sería, en el caso, rechazada por falta de interés [6]. Por otra parte, si la cosa dada en pago ha perecido fortuitamente en poder del acreedor, el menor tiene interés en considerar el pago como válido; se guardará, pues, de invocar su nulidad, y como el acreedor no puede invocarla, el pago producirá todos sus efectos, quedando libre el menor.

(1) *Inst.* 2, 8, *quib, alinare licet.* § 2; *Dig.* 26, 8, *de auctor. et constut. et curat* l. 9, § 2 *initio; Id.* 46, 3, l. 14, § 8 *initio.*--Art, 1527 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) *Dig.* 46, 3, l. 14, § 8.—Art. 1675 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(3) Art. 1528 del Cód. Civ, del D. F. de México.

(4) *Dig.* 46, 3, l. 14, § 8, *Inst.* 2, 8, *quib. alienare licet*, § 2 *initio.*

(5) *Inst.* 2, 8, § 2.—Art. 1528 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(6) *Dig.* 26, 8; *de auctor. et cons. tut et curat.* l. 9, § 2.

§ 5. *De la persona á quien se paga.*

I. El pago debe ser hecho al acreedor ó á su represensentante [1].

1º El acreedor que recibe el pago, debe ser capaz de enajenar; un menor de edad, no tiene esta capacidad; luego no se le paga válidamente. La razón del principio enunciado es que la recepción del pago implica una enajenación del crédito, puesto que tiene por efecto extinguirlo [2]. Si el acreedor es incapaz de enajenar, el pago debe ser hecho, ya al acreedor con la autorización de su tutor ó el consentimiento de su curador [3], ya al tutor ó curador mismo [4]. En el caso en que el acreedor es menor se necesita, además, una homologación judicial, siempre que se trata de recibir capitales [5] ó rentas extraordinarias, es decir, rentas que excedan á la vez de dos años y cien sueldos [6]; el tutor ó el curador no puede recibir sólo sino rentas de uno ó de dos años, cualquiera que sea su importe, y rentas de más de dos años que no excedan de cien sueldos [7]. Pero *¿quid* si un acreedor incapaz de enajenar ha recibido sólo el pago? Este es nulo, porque no ha sido hecho en las condiciones requeridas; la deuda subsiste, en consecuencia, y el deudor puede ser obligado á pagar segunda vez [8]. Sin embargo, el acreedor está obligado siempre, hasta la concurrencia de la utili-

(1) Art. 1537 del Cód. Civ. del D. F. de México.
(2) *Inst*. 2, 8, *quid alienare licet*, § 2; *Dig*. 46, 3, l. 15. *initio*.
(3) Art. 497 del Cód. Civ. del D. F. de México.
(4) *Dig*. 46, 3, l. 14, §§ 1, 6 y 7.
(5) *Inst*. 2, 8, *quib, alienare licet*. § 2; *Cód*. 5, 37 *de admin. tut*. l. 25.
(6) *Cód*. *eod*. l. 25, § 2; y l. 27.
(7) l. 27 cit.—Art. 509 del Cód. Civ. del D. F. de México.
(8) *Inst*. 2, 8 *quib. alienare licet*, § 2.

dad que ha obtenido del primer pago, porque nadie debe enriquecerse á expensas de otro; en cuanto al monto de esa utilidad, el acreedor que reclama un segundo pago, será rechazado por la excepción de dolo [1]. El acreedor se habrá aprovechado del primer pago si tiene todavía en su poder la cosa recibida, ó si ha hecho un buen empleo de ella; pero no si lo ha hecho malo ó lo ha perdido. El empleo será útil si, por ejemplo, el menor ha comprado libros indispensables para sus estudios con el dinero recibido; será inútil si, el menor ha gastado el dinero en un viaje de mero placer ó de cualquiera otra manera frívola. Puede haberlo perdido al juego ó á consecuencia de un robo [2].

2º El representante del acreedor, admitido á recibir el pago en su lugar, puede ser, como lo hemos ya dicho, un tutor ó un curador. Puede serlo también un mandatario del acreedor [3], con tal que el mandato sea especial para la recepción del pago ó que esta recepción entre en los límites naturales del mandato; tal es el caso del mandatario encargado de la administración de todos los bienes del acreedor [4]. Pero el mandatario *ad litem*, como tal, no tiene cualidad para recibir el pago [5]. En fin, el representante del acreedor puede ser un *adjectus solutionis causa* [6]. Se llama así, la persona que el deudor y el acreedor han designado de común acuerdo para recibir el pago. Tal designación puede hacerse de una manera tácita; particular-

(1) Inst. 2, 8, *quib alienare. licet.* § 2; *Dig.* 46, 3, l. 15.—Art. 1539 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) *Inst.* 2, 8 *quib, alienare licet*, § 2; *Dig.* 46, 3, l. l. 15, 47, § 1; *Id.* 44, 1 de *except.* l. 4.

(3) *Dig.* 50, 17 *de regulis juris*, l. . 180; *Id.* 46, 3, l. 12 *initio.*—Art. 2350 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(4) *Dig.* 46, 3, l. 12.

(5) *Dig.* 46, 3, l. 86.—Art. 2387, fr. VII del Cód. Civ. del D. F. de México.

(6) *Dig.* 46, 3, l. 12, § 1.—Arts. 1540 y 1541 del Cód. Civ. del D. F. de México.

mente, cuando se estipula para sí ó para un tercero, éste, que no ha intervenido en el contrato, no es acreedor; pero las partes han querido que el deudor pudiera librarse, haciéndole el pago, como si se pagara al acreedor [1]. Por lo demás, las partes son libres para hacer, á propósito de *la adjectio solitionis causa*, las convenciones que juzguen convenientes. El deudor puede reservarse la facultad de pagar al *adjectus* otra cosa que la que debe á su acreedor (*spondesne mitri X aut Titio Stichum dare?*) [2]; hay en este caso una verdadera obligación facultativa, de tal suerte que el deudor puede dar en pago á un *tercero* la cosa que no hace el objeto de la obligación [3]. Las partes pueden cambiar también, en lo que respecta al *adjectus*, las demás condiciones del pago y particularmente su tiempo [4] y lugar [5]. Pueden igualmente subordinar la *adjectio* á una condición [6]. En todos estos casos, el deudor que quiere usar del derecho de hacer el pago al *adjectus*, debe conformarse á los arreglos convenidos; en consecuencia, no debe darle en pago sino la cosa convenida, en el día y lugar convenidos y cuando se hubiere realizado la condición agregada á la *adjectio*, so pena de que el pago sea nulo [7]. Para determinar

(1) *Inst*, 3-19- *de inutil stipul.*, § 4; *Dig.*, 46-3, l, 12, § 1. A la verdad, es posible que, al estipular para sí ó para un tercero, se haya solamente querido estipular para sí de una manera condicional, particularmente para el caso en que el tercero no fuese pagado. (*Si Titio X non dederis. spondesne mihi X dare? Dig.* 46-3-l. 98, § 5 *initio*), y entonces se está en presencia de una estipulación simplemente condicional. L. 98, § 5 *initio*, cit. Pero la estipulación hecha para sí ó para un tercero no tiene ese alcance, sino en virtud de una convención especial (l 98, § 5 *cit.*)—Art. 1541 del Cód, Civ. del D. F. de México..

(2) *Dig.* 44-7, *de obligat. et act.*, l. 44, § 4.

(3) Pero la dación en pago de otra cosa al *adiectus* no libra al deudor sino por vía de excepción *Dig.* 44-7, *de obligat et act.*, l. 44, § 4; *Id.* 45-1 *de verbor. obligat.*, l. 141, § 5.

(4) *Dig.* lib. 46, tít. 3, l. 98, § 4; *Id.* lib. 45, tít, 1 l. 141, § 6, *de verb. signific.*

(5) *Dig.* lib. 46, tít. 3, l. 98, § 6.

(6) *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 141, § 7 initio; *Id.* id, l. 98, § 4 initio—Arts. 1276, 1278 y 1419 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(7) Sin embargo el acreedor no puede forzar al deudor á pagar pot segunda vez, á no ser que la prestación hecha al *adjectus* difiera *escencialmente* de la que

los efectos de la *adjectio solutionis causa*, es preciso partir del doble principio, fundado en la naturaleza misma de la *adjectio*, de que es un mandato conferido por el acreedor á un tercero á efecto de recibir el pago, y de que el deudor tiene adquirido el derecho de libertarse, pagando al *adjectus*. Por manera que, de un lado, el *adjectus* no puede hacer sino una cosa, recibir el pago; todos los demás actos le están prohibidos; no tiene calidad para demandar al deudor judicialmente, para condonarle la deuda, para convenir una novación (1). Por esto se diferencia esencialmente del coestipulante, del *adstipulator*, que es acreedor con título y goza de todos los derechos inherentes á esa calidad. Su mandato, como cualquiera otro, se extingue por su muerte, sin pasar á sus herederos (2). Debe dar cuenta al acreedor de la ejecución del mandato y restituirle lo que ha recibido del deudor, pudiendo ser obligado á ello por la *actio mandati directa* (3). De otro lado, el deudor tiene adquirido el derecho de libertarse de su deuda, pagando al *adjectus*. De aquí se sigue que el acreedor no tiene el derecho de revocar al *adjectus*; la revocación no impide al deudor pagar á este último, porque el acreedor no puede despojarle de un derecho contractual (4).

II. Pero el pago hecho á otro que al acreedor ó á su representante es nulo (5).

A.—Tal es el pago hecho al poseedor de una herencia.

---

debiera ser ejecutada; por ejemplo, si el deudor ha dado en pago al *adjectus* otra cosa que la que debía dar. En la hipótesis contraria, por ejemplo, si ha pagado 10 en Efeso, en vez de pagar en Smyrna, el acreedor no tendrá derecho sino á daños y perjuicios *Dig*. lib. 13, tít. 4, l. 2, § 7. Arts. 1432, 1451 y 1459 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(1) *Dig*. lib. 45, tít. 3, l. 10.

(2) *Dig*. lib. 46, tít. 3, l. 81 pr.

(3) *Inst*. lib. 3, tít. 19, *de inutil. stipul*, § 4 *sed ille adversus. Seium habeat mandati actionem*.

(4) *Dig*. lib. 46, tít. 3, l. 12, § 3.

(5) *Dig*. lib. 3, tít. 5, *de neg. gest*. l. 38. Arts. 1537, 1540 y 1541 del Cód. Civ. del D. F. de México.—Sentencia del Juzgado 7º de lo Civil del D. F. de 15 de Septiembre de 1873 *El Foro*, tomo 1, núm. 95.

El no liberta al deudor respecto del verdadero heredero. Poco importa la buena fe del deudor; si éste ha creído pagar al verdadero heredero y acreedor, no es menos cierto que, en realidad, el pago ha sido hecho á una persona que no tenía calidad para recibirlo. El deudor, obligado á pagar segunda vez, puede solamente ejercitar contra el poseedor de la herencia, la *condictio indebiti* [1], puesto que le ha hecho un pago que no le era debido [2]. Pero el verdadero heredero puede también, por la petición de herencia, forzar al poseedor de la sucesión á rendirle cuentas de lo que ha recibido del deudor hereditario, ya por el todo, si ha sido de mala fe, ya al menos hasta la concurrencia de su enriquecimiento, si ha sido de buena fe [3]. Ahora bien, en caso que se verifique esta restitución total ó parcial, el deudor queda libre frente al heredero, ya en todo, ya en parte, porque la restitución implica, respecto del poseedor de la herencia, el pago de la deuda de otro; este pago liberta al deudor *ex post facto*, en todo ó en parte [4].

B. El pago hecho á un gestor de negocios es también nulo, á pesar de la buena fe del deudor, que ha considerado á dicho gestor como un mandatario; el gestor de negocios no es un representante del acreedor para recibir pagos; de lo contrario, cualquiera podría despojar á su acreedor de su derecho [5]. Pero como la ratificación de la gestión de negocios equivale á un mandato, ella hace válido

(1) *Dig.* lib. 12, tít. 6, *de condict. indeb.* l. 26, § 11.

(2) *Dig.* cód. l. 65, § 9 initio.—Arts. 1545 á 1555 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(3) *Dig.* lib. 5, tít. 3, *de heredit. petit.* l. 31, § 5 initio y l. 20, § 6.—Artículos cits., nota antr. del Cód. Civ. del D. F. de México.

(4) *Dig.* lib. 5, tít. 3, l. 25, § 17. *Nam et si quod* . . . l. 31, § 5. En sentido inverso, el heredero pagado por el deudor no puede ya obligar al poseedor de la herencia á restituir lo que ha recibido del deudor.

(5) *Dig.* lib. 3, tít. 5, *de neg. gest.* l. 38. *Cód.* lib. 8, tít. 42, l. 12 initio.—Arts. 1537, 2350, 2387, fracción VII, 2416, 2418 y siguientes del Cód. Civ. del D. F. de México.

el pago[1]. Siendo éste nulo, salvo ratificación ¿podrá el deudor repetirlo contra el gestor? Es necesario distinguir: Si el deudor ha considerado al gestor como mandatario, puede inmediatamente repetir por la *condictio indebiti*, mientras la ratificación no se verifique[2], porque hasta entonces aparece el pago hecho á uno que no tenía ninguna entidad para recibirlo[3]. Si, al contrario, el deudor ha sabido que pagaba á un simple gestor de negocios, no está autorizado á repetir sino después de que el acreedor ha rehusado ratificar la gestión y repetirá por la *condictio causa data causa non secuta*. En efecto, él ha pagado con la esperanza de la ratificación de la gestión y por tanto no hay pago sin causa, hasta después de la negativa de ratificar[4].

C. Es también nulo, en principio, el pago hecho al acreedor del acreedor. El deudor que ha hecho este pago no queda libre respecto de su propio acreedor, porque no podría considerar al acreedor del acreedor como representante de este último, con calidad para recibir el pago en su lugar. Pero la regla debe ser entendida bajo las reservas siguientes:

1ª Claro es que el pago hecho al acreedor del acreedor es válido desde su origen, cuando el acreedor directo ha dado á su acreedor la autorización de recibirlo ó lo ha aprobado después. Tal pago aparece hecho al mandatario del acreedor directo, ó, lo que viene á ser lo mismo, á un gestor de negocios aprobado[5].

2ª No hay duda tampoco sobre la liberación del deu-

(1) *Dig.* lib. 46, tít. 3, l. 12, § 4; *Cod.* lib. 8, tít. 42, l. 12.—Art. 2421 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) *Dig.* lib. 46, tít. 3, l. 58 pr.

(3) *Dig.* lib. 12, tít. 6, *de condict. indeb.* l. 65, § 9.—Arts. 1546 y 1552 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(4) *Dig.* lib. 46, tít. 33, l. 58 l. 54 pr.—*Id.* lib. 12, tít. 6 *de condict. indeb.* l. 52. Arts. 2422 y 2423 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(5) Arg. *Dig.* lib. 44, tit. 4, *de doli mali et met. exc.* l. 6.

dor, si el acreedor del acreedor restituye á este último la cosa recibida. Hay entonces un pago de deuda de parte de un tercero por cuenta del deudor (1).

3º Pero sobre todo el pago hecho al acreedor del acreedor puede constituir de parte del que paga una gestión de negocios por cuenta de su propio acreedor. En efecto, éste último puede encontrarse libre de su deuda por este pago. Supongamos que A. debe 1,000 á B, y que B. debe también 1,000 á C. A. paga 1,000 á C. por cuenta de B.; éste quedará libre hacia C. Ahora bien, esta gestión de negocios de A. lo hará acreedor recíproco de B. siempre que hubiera querido obligarlo; con tal de que B. no se hubiera opuesto al pago y que la gestión le hubiera sido útil; ella no tendría este tercer carácter si la deuda de B. hacia C. sólo fuese natural. Mediante el concurso de estas varias condiciones, el deudor habrá adquirido contra su acreedor un crédito recíproco, resultante de la gestión de negocios; él puede oponer este crédito en compensación á su acreedor que lo demandara más tarde por el pago, y librarse así por este medio (2). De la misma manera el sublocatario puede librarse respecto del locatario principal, pagando el importe de la sublocación al arrendador originario (3).

Numerosos son los puntos de vista sobre el valor del pago hecho al acreedor del acreedor (4). Muchos autores sostienen que él libra indistintamente al deudor (5), lo que es injustificable en teoría (6). Otros reconocen que, en ge-

---

(1) Arg. *Dig.* lib. 5, tit 3, *de heredit. petit*, l. 31, § 5; *Id.* lib. 46, tit 3. l. 34, §.9 y l. 28.—Arts. 1530 y 1533 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) Arg. *Dig.* lib. 44, tít. 4, *de doli mali et met. exc.* l. 6.—Arts. 1530 á 1535, 1570 y 1591 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(3) *Dig*, lib. 13, tít. 7. *de pignor. act.* l. 14. § 5.—Arts. cits. del Cód. Civ. del D. F. de México.

(4) Hemos seguido á Vagerow, III, § 582, núm. 1.

(5) Leyser, *Meditationes ad Pandectas*, species 528, *Med.* 3. Puchta, *Pand.* § 288 y Vorles, II, § 288, initio. Sintenis, II, § 103, número 75. Arndts, § 263 se fundan sobre la ley 6 *de doli mali et met. exc.* tít. 4, lib. 44 *Dig.*

(6) La l. 6 citada en la nota precedente debe ser interpretada en el sentido

neral, el deudor no se libra; pero, yendo demasiado lejos en este camino, rechazan el beneficio de la compensación fundada sobre la gestión de negocios (1) y en vano se pregunta la causa. Algunos, en fin, piensan que el sublocatario que paga al arrendador originario, queda libre hacia el locatario principal, independientemente de la compensación; quedaría de pleno derecho en virtud de una disposición excepcional (2).

§ 6.—*Del objeto del pago.*

I. Un primer principio sobre el objeto del pago es que el deudor debe dar en pago la cosa misma que es el objeto de su obligación; el acreedor no está obligado á aceptar ninguna otra, cualquiera que sea su valor; la convención hace la ley de las partes (3). Pero es evidente que, si el deudor no puede obligar al acreedor á recibir otra cosa que la debida, el acreedor es sin embargo libre para aceptarla; hay entonces dación en pago (*datio in salutum*) (4).

Esta es una convención á título oneroso (5), sujeta á la teoría ordinaria de esta categoría de convenciones y que particularmente da lugar á la garantía (6); según las circunstancias, ella será una venta ó una permuta y le serán aplicadas las reglas que rigen uno ú otro de estos contra-

de que el deudor que paga al acreedor de su acreedor es admitido á compensar como gestor de negocios.—Arts. 2418 y siguientes del Cód. Civ. del D. F. de México.

(1) Müller, *Archiv. für die zivil. Praxis* XV, número 12, p. 263.

(2) Molitor, *Les obligat. en droit rom*, II, núm. 966.—Windscheid, II, §342, 6º y nota 42.

(3) *Dig.* lib. 12, tít. 1, *de reb. cred.* l. 2, § 1; *Cod.* lib. 8, tít. 42, l. 16.—Arts. 1515 del Cód. Civ. del D. F. de México.—Sent. del Sup. Tral. de Justicia del Estado de Guanajuato de 31 de Octubre de 1896. El Derecho, 3ª época. tom. 8, pág. 109.

(4) *Inst.* lib. 3, tít. 29, *quib mod. oblig. toll.* pr. initio.

(5) Arg. Cod. lib. 8, tít. 44, *de evict.* l. 4.

(6) L. 4 cit. *Dig.* lib. 46, tít. 3, l. 46 pr. y § 1;

tos (1). Finalmente la dación en pago, como el pago mismo, libra al deudor de pleno derecho (2). Por derogación de la regla enunciada, el acreedor está obligado, en dos casos, á aceptar en pago otra cosa que la que le es debida:

1º Existen obligaciones llamadas facultativas, en las cuales, á virtud de una convención ó de una disposición de la ley, el deudor tiene derecho á dar en pago, en lugar de la cosa debida, otra que es solamente *in solutione* y no *in obligatione* (3).

2º El deudor de una suma de dinero puede obligar á su acreedor á que acepte inmuebles sobre estimación judicial, cuando no posee ni numerario ni otros muebles, y cuando para los inmuebles no encuentra comprador serio (4); pero el acreedor tiene la elección de los inmuebles (5). En rigor, el deudor debería vender sus inmuebles á cualquier precio. Se trata de una disposición de equidad, contraria á los principios, debida á Justitiano y conocida con el nombre de beneficio de dación en pago.

II. El deudor debe pagar la deuda en una sola vez; el acreedor no está obligado á aceptar pagos parciales. En efecto, la cosa debida ha sido prometida pura y simplemente; luego, para ser dada en pago en una vez y no en muchas (6). Sin embargo;

---

(1) *Cod.* lib. 8, tít. 44, *de evict.* l. 4; *Dig.* lib. 13. tít. 7, *de pignor. act.* l. 24 pr, Si dicha ley 4 dice de una manera general que la dación en pago es una venta, es porque en el caso se reunían los caracteres de la venta. Podría también haber un contrato innominado que no fuese la permuta.

(2) Arg. *Inst.* lib. 3, tít. 29, *quib. mod. oblig. toll.* pr. initio y *Cod.* lib. 8, tít. 42, l. 17. La cuestión era dudosa en la época clásica. Los Proculeyanos defendían la extinción por vía de excepción, y los Sabinianas la extinción de pleno derecho. (Gaius, III, 168). La opinión Sabiniana prevaleció.

(3) *Dig.* lib. 42, tít. 1 *de re judic*; l. 6, § 1.—V. adelante en este tomo, § 45. Arts. 1276, 1364 y 1515 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(4) *Novella* 4, Cap. 3, pr. initio. Art. 1023 del Cód. de Procel. Civ. del D. F. de México.

(5) *Novella* 4, C. 3, pr. *Res vero . . . . habere liceat.*

(6) Arg. *Dig.* lib. 22, tít. 1, *de usur.*, l. 41, § 1. Art. 1525 del Cód. Civ. del D. F. de México. Sent. del Juzgado 2º de lo Civil del D. F. de 28 de Junio de 1898. (La Ciencia Jurídica. Sec. civ. tomo 3, pág. 319).

1º El juez puede, atenta la posición del deudor, admitirlo á pagar en parcialidades con plazos moderados (1).

2º En virtud de un beneficio llamado de competencia, ciertos deudores tienen el derecho de guardar con que satisfacer á sus necesidades; el acreedor debe contentarse con el excedente, no pudiendo hacer condenar al deudor sino *in quantum facere potest* (2). Pero el deudor que goza de este beneficio, no es admitido á reservar los bienes necesarios para el pago de otras deudas (3), de tal manera que su beneficio no es plenamente eficaz sino cuando no hay otros acreedores ó cuando dispone también contra ellos del mismo favor. Tienen este privilegio, los padres del acreedor (4), sus hermanos y hermanas (5), los esposos entre sí (6), el suegro del marido, por el pago de la dote (7), el marido, su padre y sus hijos nacidos en matrimonio por la restitución de la dote (8), los socios entre sí (9), el donante respecto del donatario (10) y el deudor que ha hecho cesión de bienes, en cuanto á sus adquisiciones ulteriores (11). Fundado el privilegio sobre la calidad de deudor, es personal de éste y no aprovecha ni á sus coobligados (12) ni á

(1) *Dig.* lib. 12, tít. 1, *de reb. cred.* l. 21.

(2) *Dig.* lib. 50, tít 17, *de reg. jur.* l. 173 pr.

(3) Salvo el donante (*Dig.* lib. 42, tít. 1, *de re judic.* ll. 19, 49 y 50; *Id.* lib. 14, tít. 5, *quod cum eo qui in al. pot.* l. 3).

(4) *Inst.* lib 4, tít. 6 *de actión*, § 38 initio.

(5) Arg. *Dig.* lib. 17, tit. 2, *pro socio*, l. 63.

(6) *Dig.* lib. 42, tit. 1, *de re judic.* l. 20.

(7) *Dig.* lib. 24, tit. 3, *sol: matrim.* l. 17 y l. 15 § 2.

(8) *Inst.* lib. 4. tit. 6, *de action*, § 37; *Dig.* lib. 24, tit. 3, *sol: matrim.* ll. 15, § 2, 16 y 18 pr.

(9) *Dig.* lib. 17, tit. 2, *pro socio* l. 63, pr.

(10) *Dig.* lib. 39, tit. 5, *de donat.* l. 12.

(11) *Dig.* lib. 42, tit. 3, *de cess. bonor.* l. 4, también el patrono, sus padres y sus hijos respecto del manumitido (*Dig.* lib. 42, tit. 1, *de re judic.* l 17), el hijo de familia hecho *sui juris*, por los contratos concluidos cuando estaba bajo la patria potestad, á menos que hubiera alcanzado la herencia paterna. *Dig.* lib. 14, tit. 5: *quod cum eo, qui in al. pot.* ll. 2 y 4 pr) y los soldados (*Dig.* lib. 42, tít. 1, *de re judic*, ll. 6 pr. y 18).

(12) *Dig.* lib. 44, tit. 1, *de except.* l. 7 pr.

sus herederos (1). Sucederá así que, á pesar de la solvencia del deudor, el acreedor debe contentarse con un pago parcial, salvo requerir más tarde al deudor si adquiere nuevos bienes (2).

III El deudor debe dar en pago la cosa debida con todos sus accesorios, porque lo accesorio sigue siempre la condición de lo principal (3). El acreedor tiene también derecho al *commodum rei*, es decir á las utilidades provenientes de la cosa, á partir del día de la obligación. En efecto, ese *commodum* constituye un accesorio de la cosa. Verdad es que aparece posterior á la formación de la deuda; pero el acreedor hubiera gozado de él, si la obligación hubiera sido ejecutada inmediatamente, y la circunstancia de que no lo hubiera sido sino más tarde, no debe modificar su derecho (4). En particular el *commodum rei* comprende:

(1) *Dig*. lib. 42, tit. 1, *de re judic*, ll. 24, § 1 y 25; *Dig*. lib. 17, tit. 2, *pro socio*, l. 63. § 2.

(2) *Cod*. lib. 5. tít. 18, *sol. matrim*, l. 8 initio. *Id*, lib. 7, tit. 71, *qui bon. ced. poss*. l. 1. En el derecho clásico, la novación, contenida en la *litis contestatio* se oponía á la reanudación de requerimiento; pero el deudor debía prestar caución para el caso de mejor fortuna. (*Dig*. lib. 15, tít. 1, *de pec*. l. 47, § 2; *Id*. lib. 17, tít. 2, *pro socio*, l. 63, § 4). En el nuevo Derecho la reanudación del requerimiento no encuentra ya ningún obstáculo (*Cod*. lib. 5, tít. 13 *de rei ux. act*., l. unic. § 7). Vangerow, I, § 174, *Anm*. 1, núm. 1; Mainz, II, § 176, nota 12 y Savigny, 1, § 12, 4ª nota i. Arts. 2856 y 2860 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(3) *Dig*. lib. 19. tit. 1, *de act. empt. et vend*. ll. 13, § 31, 14 y 18.

(4) Puchta, *Pand*. § 272 initio y Vorles II, § 272 initio. *Inst*. lib. III, tit. 23, *de empt. et vendit*. § 3; *Dig*. lib. 50 tit. 17 *de reg. jur*. l. 10. *Cod*. lib. 4, tit. 49, *de act. empt. et vendit*. l. 12. *Cod*. lib. 6, tit. 2, *de furt*., l. 22 § 3. Estos textos fundan el derecho del acreedor al *commodum* en correlación con el *periculum; commodum ejus esse debet, cujus periculum est*, dice Justiniano en el pasage precitado de sus Institutas: El motivo no es exacto, y en muchos casos el *commodum* y el *periculum* en las obligaciones no son para la misma persona. En la venta condicional, el *periculum* de la pérdida total es soportado por el vendedor. *Dig*. lib. 18, tit. 6, *de peric. et com. rei vendit*. l. 8, Art. 2824 del Cód. Civ. del D. F. de México; y sin embargo, el comprador se aprovecha incontestablemente del *commodum*. De la misma manera el arrendador de una cosa soporta los riesgos y peligros de la cosa arrendada. (*Dig*. lib. 19, tit. 2, *locati* l. 19, § 6. Artícu-

1º El aumento de precio que la cosa debida ha adquirido en el comercio (1);

2º El aluvión (2) y la avulsión (3) que han aumentado el fundo, el lecho abandonado de un río (4) y la isla que allí se ha formado (5);

---

los 2950, fracciones II y IV y 2969 del Cód. Civ. del D. F. de México) y no es menos cierto que el *commodum* es para el arrendatario. En fin, si por una convención especial, un deudor asume los riesgos y peligros, no es dudoso que en principio el acreedor no conserva su derecho al commodum, y en las obligaciones genéricas, el acreedor, que no soporta el *periculum* no se aprovecha menos del aumento de precio de las cosas estipuladas. Estas ideas han sido muy bien defendidas por Mommsen, *Erörterungen* § 1 initio y 3 initio. Véase también en el mismo sentido Arndts, § 253, Anm. 1, Yhering, *Abhandlungen aus dem römischen Recht*, Leipzig, 1845, 1te. *Abhandlung*, número 1, admite en tesis general la regla *commodum ejus est. debet, cujus periculum est.* Otro tanto dígase de Puchta, *Pand.*, § 272, Vorles, II, § 272 y Sintenis, II, § 101, i. f. p. 355, 357.

(1) *Cod.* lib. 4, tit. 49, *de act. empt. et vend.* l. 12. Arts. 773, 774, fracción III y 780 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) *Inst.* lib. 3, tit 23, *de empt. et vendit.*; § 3. *Dig.* lib. 32, *de leg. et fideicom*, l. 16. Art. 796 del Cód Civ. del D. F. de México.

(3) Arg. *Cod.* lib. IV, tit. 48, *de peric. et comm. rei vendit.* l. 1, initio y los dos textos citados en la nota precedente. Art. 798 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(4) Arg. *Dig.* lib. 32 *de legat. et fideicom.* l. 16; *Id.*, lib. 41, tit. 1, *de adq. rer. dom.* l. 30. Art. 800 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(5) Arg. *Dig.* lib. 32 *de legat. et fideicom.*, l. 16; *Id.*, lib. 41, tit. 1, *de adq. rer. dom.* l. 30. Verdad es que fuera de las relaciones obligatorias encontramos en nuestras fuentes una disposición en virtud de la cual el usufructuario de un fundo no tiene ningún derecho sobre la isla que se forma en el río. *Dig.* lib. 7, tit. 1, *de usufr.*, l. 9, § 4. Pero esta decisión, que debe ser extendida por analogía al lecho abandonado del río, es especial para el usufructo. Se funda sobre la consideración de que, al tiempo del establecimiento del usufructo, el testador ó las partes no han previsto un acrecentamiento tan anormal y no han querido que fuese comprendido en el usufructo, sobre todo porque, siendo las servidumbres limitaciones de la propiedad, son de extricta interpretación... Este motivo no se aplica al arrendamiento de cosas, y por consiguiente pensamos que el arrendatario tiene derecho al goce de la *insula nata* y del *albeus derelictus*. Arg. *Dig.* lib 32, *de legat. et fideicom.* l. 16. Yhering. *Abhandlungen*, 1te. *Abhandlung*, número II, p. 7, nota 1; y Mommsen, *Erorterungen*, § 4, p. 27-28, rehusan al arrendatario el goce de la *insula nata*. Yhering se pronuncia en este sentido por analogía del usufructo; pero acabamos de ver que esta analogía no existe en lo absoluto. Se equivoca, por lo demás, fundando la regla relativa al usufructo, en que la *insula nata* no es un *fructus*; el aluvión no es tampoco un *fructus*, y sin embargo el usufructo se extiende á él; se trata no ya de saber si el usufructuario adquiere la *insula nata* como un *fructus*, sino de si tiene el *usufructus* de la isla.

3º Los diferentes casos de accesión resultantes del hecho del hombre, tales como las construcciones y las plantaciones, la *ferruminatio* y la *adplumbatio*, así como la escritura (1);

4º Los frutos; pero aquí importa hacer una dietinción entre los frutos naturales y los frutos civiles.

A. En principio, el acreedor de una cosa frugífera, y principalmente el de un fundo, puede reclamar todos los frutos que estaban todavía pendientes en el momento de la formación de la relación obligatoria (2). En efecto, siendo los frutos productos orgánicos de una cosa, constituyen eminentemente un *commodum rei*. Pero es necesario que los frutos estén todavía pendientes en el momento del contrato; si estuviesen separados, forman cosas propias é independientes de la cosa frugífera, y por consiguiente, el acreedor de esta última no podría tener ningún derecho á ellos. Es indiferente, por lo demás, que los frutos pendientes estuviesen ya maduros ó no; su grado de madurez no influye en manera alguna sobre su naturaleza (3). Es

Mommsen invoca la consideración de que el arrendatario no soporta los riesgos y peligros; pero esta circunstancia no le impide aprovecharse del aluvión; ¿porqué, pues, no gozaría de la *insula nata?* Es lo que el autor no nos enseña. Artículos 803 y 804 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(1) *Quid* de la indemnización que puede ser debida al dueño de la cosa accesoria? Ella incumbe al acreedor en cuanto se enriquece á expensas de otro; si no respecto del dueño de la cosa accesoria, al menos en órden al deudor que ha pagado al dueño. Arndts, § 253 initio. Arts. 781, 782, 785 á 795, 805, á 811 del Cód. Civ. de D. F. de México.

(2) *Dig.* lib. 22, tit. 1, *de usur.* l. 38, § 8. *Cod.*, lib. 4, tit. 49, *de act. empt et vendit.* ll. 13 y 16; *Dig.* lib. 17, tit. 2, *pro socio;* l. 38, § 1. Arts. 773, 774, fracción I; 775, 776, 778 y 2860 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(3) *Vatic fragm.* 15: *Fructus pendentes, etsi maturi fuerunt, si eos venditor post venditionem ante diem solvendi pretii percepit, emptori restituendos esse convenit, si non aliud inter contrahentes placuit.* Al acordar al comprador los frutos, aun ya maduros, este texto le atribuye también virtualmente los frutos todavía no maduros. *Dig.* lib. 19, tit. 1, *de act. empt. et vend.* l. 13 § 10. Ulpiano, lib. XXXII *ad edictum*. *Si fructibus jam maturis ager distractus sit, etiam fructus emptori cedere, nisi aliud convenit, exploratum est.*

Un fundo en frutos ya maduros había sido vendido; los frutos son del com-

claro que el acreedor debe cargar al deudor los gastos de cultura posteriores al contrato (1). Por derogación de esta regla, cuando se trata de una relación obligatoria á título gratuito, el acreedor no tiene derecho á los frutos de la cosa sino á partir de la mora (2), y en las obligaciones de extricto derecho, solamente á partir de la *litis contestatio* (3).

prador, No se está evidentemente autorizado á concluir de aquí *a contrario* que el comprador no tiene derecho á los frutos no maduros. Los frutos de la cosa vendida son debidos al comprador, aun cuando no haya pagado el precio de la venta. Sólo que el comprador que reclama los frutos debe pagar, por su lado los intereses del precio; puesto que goza de la cosa á partir del dia de la venta está obligado á hacer gozar al vendedor del precio (*Vatic. fragm. 2. ante traditam autem possessionem emptori quoque fructus rei vice mutua praeberi necesse est*) Paulo II, 17, § 7. *Ex dic emptionis, si pars pretii numerata sit, et fructus et operae servorum et fetus pecorum et ancillarum partus ad emptorem pertinent.* Huschke, en su *Jurisprudentia antejustiniana*, propone suprimir en el § 8 las palabras: *si pars pretii numerata sit*, y su conjetura no carece de verosimilitud. Admitiendo la redacción común, nada prueba que los compiladores de la ley romana de los Visigodos, por la cual nos fueron trasmitidas las sentencias de Paulo, hayan reproducido sin alteración la doctrina del jurisconsulto romano, tanto más cuanto que en la l. 38, § 8, tit. 1 *de usur.* lib. 22 *Dig:* Paulo otorga sin reserva al comprodor los frutos de la cosa vendida: *Ex causa etiam emptionis fructus restituendi sunt.* En todo caso, no formando parte las sentencias de Paulo de la recopilación de Justiniano, no pueden prevalecer contra esta última. En este sentido Mommsen, *Erorterungen*, § 5, nota 4 initio; *Contra:* Molitor I, número 418 quien, á falta de precio, no otorga al comprador sino los frutos ya maduros al tiempo del contrato y le rehusa los no maduros. Arts. 2818, 2822, 2860 y 2895 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(1 *Cod.* lib. 4, tit. 49, *de act empt. et vend.* l. 16. Arts. 788 a 793 del Cód. Civil del D. F. de México.

(2) Arg. *Cod.* lib. 5, tit. 12, *de jur. dat.* ll. 31 § 5 y 8. Paulo III. 8, § 4; *Dig.* lib. 22, tit. 1, *de usur.* l. 8; *Id* lib. 30, *de leg*; I, l. 23; *Id.* lib. 32, *de leg.* III, l. 26: *Cod.* lib. 6, tit. 47 *de usur. et fruct. legat. v. fidcic.* l. 4 y Paulo III, 6, § 46.

(3) *Dig.* lib. 22, tit. 1, *de usur.* l. 38, § 7. Véase más adelante § 21, II y § 50, 3º. Sobre el conjunto de la cuestión relativa á los frutos naturales Mommsen, ob. cit. § 4; Arnts, § 253 y Brinz I § 145. Mommsen, § 4, p. 27, 28, 43 y 50, hace otra excepción para las obligaciones que no tienen por objeto una traslación de propiedad, como la obligación del arrendador de un bien rústico; Arndts I, c. parece opinar de la misma manera. Mommsen se funda en la consideración de que solamente en las obligaciones que tienen por objeto una traslación de propiedad, puede juzgarse que la cosa debida pertenece al acreedor desde el dia del contrato (§ 4, p. 29, 30 y 42). Respondemos que en el arrendamiento como en la venta el acreedor debe tener tados los derechos que habría tenido si el con-

B. Pasemos á los frutos civiles. A esta categoría pertenecen los alquileres de los bienes muebles, las rentas de los inmuebles y los réditos de los capitales. En lo concerniente á las rentas de los inmuebles rústicos, ellas son plenamente adquiridos por el deudor del inmueble y el acreedor no tiene ningún derecho á ellas. El deudor no debe, ni restituir al acreedor las rentas cuyo pago ha recibido, ni ceder al acreedor su *actio locati* para que reclame el pago al arrendatario. Debe contentarse con los frutos naturales del fundo. En efecto, las rentas constituyen más bien un producto del contrato de arrendamiento que un producto del inmueble rústico. Por otra parte, si el acreedor puede hacer suyos los frutos naturales, cuando tienen un valor superior á los arrendamientos, es justo que no pueda pretender estos que sobrepasan el valor de los frutos naturales. Supongamos que el inmueble estaba ya arrendado en el momento de la formación de la relación obligatoria. Si el deudor lo hubiera arrendado más tarde, el acreedor tendría derecho de exigir la cesión de la *actio locati* ó la restitución de la renta pagada. En este caso la conclusión del arrendamiento con posterioridad al contrato, sería un acto de gestión de negocios por parte del deudor, y por cuenta del acreedor (1). Lo que acabamos de decir de las rentas de los bienes rústicos se aplica también á los alquileres de otras cosas dadas en arrendamiento por el deudor, salvo que entonces el derecho del acreedor á los frutos naturales cae para las cosas no frugíferas. Este sistema está consagrado por las más formales disposicio-

trato se hubiese cumplido inmediatamente. Además, ¿acaso el arrendamiento de predio rústico no contiene precisamente la venta de los frutos que el fundo debe producir? ¿Porqué, pues, no aplicar la regla de la venta? Yhering, ob. cit. número 4, p 64.

1 Para que el dueño tenga la acción directa de gestión de negocios no es indispensable que el gestor haya tenido la intención de gestionar los negocios de otro. *Contra:* Arts. 773, 774, fracción III; 780, 2416, 2859, 2860 y 3024 del Código Civ. del D. F. de México.

nes; pero es vivamente controvertido y muchos intérpretes otorgan al comprador los alquileres y rentas de la cosa vendida (1). En cuanto á los réditos de los capitales, no

---

(1) *Dig.* lib. 19, tit. 1 *de act. empt. et. vend.* l. 13, § 11; Ulpiano, libro XXXIII *ad adictum: Si in locatis ager fuit; pensiones utique ei cedent qui locaverat: idem et in prædiis urbanis, nisi si quid nominatim convenisse proponatur.* (Si el fundo vendido estuviese arrendado, las rentas pertenecerán de una manera absoluta al arrendador; y lo mismo sucederá con las propiedades edificadas, á menos que exista una convención especial). Se ha querido eludir este pasaje de dos maneras. Se ha sostenido desde luego que el único alcance de la decisión de Ulpiano era otorgar al vendedor la *actio locati*; en este sentido el jurisconsulto no se ocuparía de si el vendedor debe ó no ceder esta acción al comprador. Pero, entonces las palabras: *nisi si quid nominatim convenisse proponatur*, son vacías de sentido: si de pleno derecho y por sólo el efecto del contrato de venta, el comprador se aprovecha de los alquileres y rentas ¿cuál es el objeto de la cláusula especial que se los otorga? Se ha pretendido también que Ulpiano no pretendió hablar sino de los alquileres y rentas vencidos al tiempo de la venta. Es introducir en el texto una distinción que nada autoriza á admitir y contra la cual protestan la palabra *utique* y el futuro *cedent*; el presente *cedunt* es el único que se referiría á rentas presentes. Es, por lo demás, atribuir á Ulpiano una decisión ociosa, puesto que era de toda evidencia que los alquileres y rentas vencidos en el momento de la venta pertenecian al vendedor. *Dig.* libro 7, tít. 1 *de usufr.* l. 59, § 1. Paulus, lib. III *sentent.* '*Quidquid in fundo nascitur vel quidquid inde percipitur, ad fructuarium pertinet, pensiones quoque jam antea locatorum agrorum, si ipsæ quoque specialiter comprehensæ sint. Se ad exemplum venditionis, nisi fuerint specialiter exceptæ, potest usufructuarius conductorem repellere.* Así, mediante una disposición especial el usufructuario tiene derecho á las rentas de los bienes rústicos arrendados antes de la apertura de su usufructo. Pero, á falta de una disposición especial, no puede pretender tales rentas; puede solamente, como el comprador, expulsar al arrendatario. Paulo asimila, pues, el comprador al usufructuario, desde el punto de vista de la expulsión del arrendatario y, en su pensamiento, esta asimilación se extendía abiertamente á las rentas; el comprador no tiene, respecto de ellas, mas derecho que el usufructuario, y precisamente porque no tiene ese derecho, se trata de la facultad de expulsar al arrendatario. *Dig.* lib. 19, tit. 1, *de act. empt. et vend.* l. 13, § 13. Ulpiano, lib. XXXII *ad edictum: Item si quid en operis servorum vel vecturis jumentorum vel mavium quæsitum est, emptori præstabitur, et si quid peculio eorum accessit, non tamen si quid ex re venditoris.* Ulpiano obliga aquí al vendedor á cargar al comprador el producto del arrendamiento de los esclavos, de las bestias de carga ó de venta y de los navíos. Pero supone un arrendamiento posterior al contrato de venta. En efecto, en el mismo pasaje habla también de lo que ha venido á añadirse al peculio del esclavo posteriormente á la venta y en el § 12 de dicha l. 13 se ocupaba del daño causado, después de la venta, á la cosa vendida (*Seá et si quid præterea rei venditæ nocitum est*). Además, si se refiriese el § 13 de la ley 13 á arrendamientos ante-

son tampoco del acreedor, si no es desde la mora en las obligaciones de buena fe ó desde la *litis contestatio* en las obligaciones de derecho estricto. La razón de esto es que los intereses no son tampoco un producto propiamente dicho del capital; por sí mismo éste es impotente para producirlos; el rédito resulta de la colocación que hace el propietario del capital (1).

5º Los hijos de la mujer esclava, *partus ancillæ*. Cuando la mujer esclava, objeto de una obligación, da á luz un hijo después de la formación de la relación obligatoria, este hijo es debido al acreedor; constituye eminentemente un producto de la cosa, aunque por respeto á la dignidad humana, no fuese considerado como un fruto (2).

riores á la venta, estaría en contradicción con el § 11 de la misma ley que hemos explicado al principio de esta nota.

Se nos opone que los alquileres y rentas son frutos (*Dig.* lib. 22, tít. 1, *de usur.* l. 36). *Prædierum urbanorum pensiones pro fructibus accipientur.* Pero no se está autorizado á concluir de esto que sea preciso aplicar á los alquileres y rentas todas las reglas relativas á los frutos naturales. La l. 34, tít. 1, *de usur.* lib. 22, dice igualmente: *Usuræ vicem fructuum obtinent et merito non debent, a fructibus separari*, lo que no impide á la l. 121, tít. 16, *de verb. signif.* lib. 50, decir: *Usura pecuniæ, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore sed in alia causa est id ut nova obligatione*, y se puede decir idénticamente la misma cosa de los alquileres y rentas. Ved en nuestro sentido: Yhering, *ob. cit.* núm. IV, p. 63, 66. Muhlenbruch, II, § 395 y Mommsen, *Op. cit.* § 10. Puchta *Pand.* § 272 nota 9 y Vorles II, § 272 initio. *Contra:* Molitor, I, núms. 419-420. Sintenis, II, § 101, *Anm*, 89, núm. 2 y Mainz II, § 210 y nota 13. Arndts, § 255, *Anm* 2.

1 Es lo que dice muy claramente la l. 121, tít. 16, lib. 50 *de verb. signif.* *Usura pecuniæ, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatio.* *Dig.* lib. 22, tit. 1, *de usur.* l. 34; esta asimilación no tiene nada de absoluto. Véase en este sentido Yhering, número IV, p. 60-61 y Mommsen, § 2, *p.* 9-13. En esta obra más adelante § 21, I y II. Art. 2860 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) *Dig.* lib. 23, tít. 3, *de jure dot.*, l. 10 § 2, l. 69, § 9. *Cod.*, lib. 5, tít 13, *de rei ux act.*, l. unic.. § 9; *Id.* lib 5, tít. 18, *sol. matrim.* l. 1. Resulta de estas leyes que, si una esclava ha sido dada en dote y da á luz un hijo, éste pertenece al marido, no de una manera definitiva como fruto, sino como bien dotal sujeto á restitución al fin del matrimonio; es un *commodum ancillæ.* Al contrario, según la l. 68, tít. 1 *de ususfr.* lib. 7 del *Dig.*, el usufructuario no tiene ni aun el usufructo del *partus ancillæ*, porque se interpreta extrictamente el usufructo en su cualidad de servidumbre derogatoria del derecho común de la propiedad. Arts. 773 y 779 del Cód. Civ. del D. F. de México.

6.º La extinción de una servidumbre que gravaba la cosa debida. Cuando la cosa, objeto de la obligación, estaba gravada de una servidumbre personal ó predial y esta servidumbre viene á extinguirse, el acreedor aprovecha de la extinción, adquiriendo la libertad de la cosa. Esta liberación, es también un emolumento de la cosa, un emolumento de tal manera natural, que no hace sino restablecer el derecho común (1). Hay que decidirlo así, cualquiera que sea la causa de extinción de la servidumbre, á menos que resulte del contrato que las partes han querido excluir del *commodum* ciertas causas de extinción (2). Es claro que la extinción de una hipoteca, de una enfiteusis ó de una superficie, aprovecha también el acreedor.

7.º El beneficio de la adjudicación. Cuando el deudor de una parte indivisa en una cosa común, es demandado en partición por su copropietario y que la cosa entera le es adjudicada, el acreedor puede reclamarla, mediante el reembolso al deudor de la suma que ha tenido que pagar á su copropietario. En efecto, la adjudicación es una consecuencia jurídica de la copropiedad; porque ésta impone la obligación de someterse á la acción en partición y á la adjudicación decretada por el Juez (3).

(1) *Dig.*, lib. 3, *de jure dot.* l. 4. "*Si proprietati nudae in dotem datæ usus fructus accessetit, incrementum videtur dotis, non alia dos, quemadmodum si quid aluvione accessisset.*" *Dig.* lib. 18 tit. 6, *de peric. et comm rei vend.* l. 19. *Habitationem oneribus morte tibertorum finitis emptor domus ob eam causam venditori non tenebitur, si nihil aliud convenit, quam ut habitationes secundum defuncti voluntatem super pretium libertis præstarentur.*"

[2] *Dig.* lib. 19, tit. 1, *de act. empl. et vendit.* l. 7. V. sobre esta cuestión Yhering, número 11, p. 9. Mommsen, § 3, p. 19–24.

(3) *Dig.* lib. 10, tít. 3, *de comm. divid.* l. 7, § 13: "*Si debitor communis prædii partem pignori dedit et a domino alterius partis provocatus creditor ejus antfob alio creditore alterius debitoris licendo superavit et debitor ejus cui res fuit adjudicata velit partem suam prædii reciperare soluto eo quod ipse debuit: eleganter dicitur non esse audiendum, nisi et eam partem paratus sit reciperare, quam creditor per adjudicationem emit. Nam et si partem vendideris rei et prius, quam traderes emptori, communi dividundo judicio provocatus fueris aliaque pars tibi adjudicata sit, consequenter dicitur ex empto agi non posse.*

8º El beneficio de acrecencia. Cuando un coheredero ó un colegatario está obligado por cualquier título, como un fideicomiso ó una venta, á hacer adquirir á un tercero la herencia ó la cosa legada, y la parte de uno de los llamados viene á acrecérsele, el tercero acreedor tiene derecho á la parte que ha acrecido, á menos que resulte del testamento ó del contrato una voluntad contraria del testador ó de los contratantes. Esta solución, muy controvertida, se funda en que el derecho de un coheredero ó de un colegatario se extiende en principio á toda la herencia y á toda la cosa legada, y por lo mismo la obligación de restituir que le es impuesta por testamento ó por contrato, debe tener el mismo objeto, hasta la prueba contraria (1) Es indiferente que el testamento ó el contrato no hable sino de la restitución de la porción hereditaria ó de la parte en el legado, porque no se fija esta parte sino por el concurso de los coherederos ó de los colegatarios. Pero sería de otro modo si la restitución no tuviese por objeto sino una parte determinada, por ejemplo la mitad; en el ca-

nisi totam rem suscipere fuerit paratus, quia hæc pars beneficio alterius venditori accessit: quin immo etiam ex vendito posse conveniri emptorem, ut recipiat totum: solum illud spectandum erit, num forte fraus aliqua venditoris intervenit. Sed et si distracta parte cesserit victus licitatione venditor, æque, pretium ut ress tituat, ex empto tenebitur. Hæc eadem et in mandato cæterisque hujus generi- judiciis servatur."

Véase también la l. 13, § 17, tít. 1, de *act. empl. et vend*, lib. 19, *Dig.* y l. 78, § 4, tít. 3 *de jure dot*, lib. 23,—Yhering núm. 11, p. 9 y 11—Mommseu, §5, p. 56 y 57. Arts. 733 á 735 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(1) Se podría creer que la regla enunciada debe cesar en el caso de un legado hecho conjuntamente á varios, puesto que Justiniano parte aquí del punto de vista de que cada legatario no es llamado directamente sino á una porción de la cosa, y solo de una manera indirecta á las porciones de los colegatarios que falten (Cód. lib. 6, tít. 51, *de cad toll.* l. 1, § 11). Pero, aún en este caso, el derecho del legatario considerado en su conjunto, tiene por objeto la totalidad de la cosa, é importa poco que comprenda dos liberalidades distintas. No es admitido limitar la obligación del legatario á una de estas liberalidades á no ser que exista á este respecto una voluntad especial del testador ó de los contratantes.

so, el deudor no debe restituir jamás sino esa parte y guardar para sí el beneficio de la acrecencia (1).

9º El tesoro. Cuando, después del nacimiento de la obligación y antes de la tradición, se encuentra un tesoro en el inmueble, ya por el deudor, ora por un tercero, el acreedor puede reclamar la mitad de él. En efecto, la ley otorga la mitad del tesoro al propietario del fundo, por su sola calidad de propietario; esa mitad constituye, pues, un aprovechamiento del fundo; es un emolumento que él procura al propietario; y bajo este título, el deudor debe cuenta de él al acreedor, importando poco que el descubrimiento haya sido hecho por aquél ó por un tercero. Si lo ha sido por el deudor guardará la mitad como inventor y restituirá la obra mitad al acreedor. Si el inventor es un tercero, la mitad le pertenecerá como inventor, y la otra mitad deberá ser restituída al deudor propietario, quien por su parte deberá dar cuentas al acreedor. Pero si el tercero inventor hubiera hecho excavaciones para el efecto de descubrir el tesoro, este pertenecería en su totalidad al deudor en virtud de su derecho de propiedad; el descubrimiento entero formaría entonces un producto del inmueble y por tanto sería debido al acreedor (2). Contra lo que

---

(1) Nuestras fuentes son mudas sobre la cuestión. El beneficio de la acrecencia de la parte hereditaria es otorgado al fideicomisario y al comprador por Yhering núm. 11, p. 11 y 20, Thibaut II. § 1,014, Muhlubruch XLIII, § 1498 y 1499, p. 348 y 360, Glasson. *Du droit d'acroissement entre coheritiers et entre collegataires* p. 26 y 32, Sintenis, III, § 203 y *Anm* 16, Vangerow, II, § 494, *Anm* núms. 5 y 6. Mayns. III, § 404, II, 1º, § 413, nota 40 y § 447 nota 14 y Brinz II, II, § 196, p. 828 y 829.--*Contra:* Gluck, XVI, § 1014, p. 341 y 367, Goeschen III, § 957, I, 5º y § 1067, 3º Mommsen, § 6, y Windscheid, III, § 603, 4º y nota 14. Arts. 3653, 3654, 3660 y 3662 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) *Dig*. lib. 24, tít. 3, *sal. matrim*. l. 7, § 12, Ulpiano, lib. XXXI ad Sabinum. *Si fundum viro uxor in dotem dederit isque inde arbores deciderit, si hæ fructus intelleguntur, pro portione anni debent restitui (puto autem, si arbores cæduæ fuerunt vel gremiales, dici oportet in fructu cedere), si minus, quasi deteriorem fundum fecerit, maritus tenebitur. Sed et si ni tempestatis ceciderunt, dici oportet pretium earum restituendum mulieri nec in fractum cedere, non magis, quam si thesaurus fuerit inventus: in fructum enim non computabitur. sed*

acaba de enseñarse, se otorga frecuentemente al deudor la totalidad del tesoro (1).

10º Las acciones relativas á la cosa debida. En fin, el deudor debe ceder al acreedor las acciones que ha adquirido relativamente á la cosa después del nacimiento de la obligación, ya en razón de actos ilícitos de un tercero, ya por efecto de sus actos jurídicos propios. Si el deudor ha ejercitado ya él mismo éstas acciones, debe dar cuenta al acreedor de su resultado. Sin embargo, la obligación de que se trata no es absoluta. En lo que concierne á las acciones que nacen de actos ilícitos de un tercero, el deudor no está obligado á hacer cesión de ellas al acreedor, si no es responsable de la pérdida ó del deterioro de la cosa; en este caso, la acción contra el tercero sigue á la misma cosa y en este sentido constituye un *commodum rei*. Al contrario, cuando el deudor responde de la pérdida ó del deterioro, el acreedor no tiene derecho á la cesión de las acciones que nacen de hechos ilícitos de terceros; solamente puede reclamar á su deudor daños y perjuicios, pues otorgarle además el beneficio de las acciones contra los terceros, sería otorgarle dos veces la misma cosa. Bajo la condición mencionada el deudor, deberá, pues, ceder la revindicación y los interdictos posesorios, la *actio furti* la *condictio furtiva*, la *actio legis Aquiliæ* etc. (2). Por otra par-

---

pars ejus dimidia restituetur quasi in alieno inventi. Así, cuando un fundo ha sido dado en dote al marido y éste descubre allí un tesoro, solamente adquiere la mitad del tesoro como inventor; la otra mitad, que es otorgada á la propiedad, debe ser restituída á la mujer. Sucederá lo mismo siempre que el deudor de un fundo encontrase en él un tesoro antes de la tradición y principalmente cuando un tesoro fuere descubierto por un vendedor en el fundo vendido. Arts. 759, 760, 762, 764 y 769 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(1) Véanse los autores citados por Gluck, XIII, § 1038, nota 60. En nuestro sentido Gluck, XVII, § 1038, p. 190, 193. Yhering, núm. II, p. 8, 9 y Mommsen § 5, p. 55, 56 y nota 5.

(2) *Inst.* lib. 23, *de empt. et vendit.* § 3. *Dig.* lib. 18, tit. I, *de contr. empt.* l. 35, § 4; *Id.* lib. 18, *de peric. et comm rei vend.* l. 14; *Id.* lib. 19, tit. 1, *de act. empt. et vend.* l. 13, tít. 6, § 12; *Id.* lib. 47, tit. 2, *de furt.* ll. 14 y 81. Véase también

te, el deudor debe ceder al acreedor las acciones resultantes de los actos jurídicos que ha concluido con los terceros, siempre que estos actos jurídicos puedan ser considerados como una gestión de los negocios del acreedor, lo que no exige absolutamente que el deudor haya tenido la intención de gestionar los negocios del acreedor, porque la acción directa de negocios es independiente de esta condición. Tal es el caso ya citado (1), en que el deudor de una cosa la da en arrendamiento; el acreedor tiene derecho á la *actio locati*, contra el arrendatario (2). Pero, en general, no hay gestión de negocios del acreedor, cuando el deudor de una cosa la vende á un tercero; en efecto, esta venta es directamente contraria al derecho del acreedor; tiende á despojarlo de la cosa debida, lo que es incompatible con la idea de una gestión de los negocios de otro (3). Sin embargo, la venta de la cosa debida implicará una gestión de los negocios del acreedor si ella fuere forzosa (4) ó si ella tuviere un carácter conservatorio (5). Del mismo

---

Dig. lib. 18, tit. 4, *de hered. vel act. vend.* l. 21.—*Quid si rem quam vendidi.... ....*; la primera parte de este pasaje supone que el vendedor ha perdido la posesión por su falta; el final se refiere á una pérdida de la posesión sin falta del vendedor é Yhering, núm. III, p. 30 y 58 y Mommsen. § 8. Art. 1638 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(1) Núm. III, 4º B, del presente párrafo.

(2) *Dig.* lib. 19, tit. 1, *de act. empt. et vend.* l. 13, § 13.—Véase nota 1, página 30.

(3) Así lo decide el *Dig.* lib. 18, tit. 4, *de hered. vel act vend.* l. 21. *Sed hoc in re singulari . . . . non actionem.* Las palabras: *pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiacionem percipitur*, deben ser entendidas en el sentido de que la venta constituye el negocio personal del deudor y su producto no es un *commodum rei*. Arts. 2416, 2830 y 2831 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(4) Por ejemplo, alguno vende su parte indivisa en una cosa; pero, antes de haber efectuado la tradición, es demandado en partición por su copropietario, á quien toda la cosa común es adjudicada, mediante el pago de cierta suma de dinero al otro condueño (*Dig.* lib. 16, tit. 3, *comm. divid.* l. 7, § 13; *Id.* lib. 19, tit. 1, *de act. empt. et vend.* l. 13, § 17; *Id.* lib. 23, tit. 3, *de jure dot* l. 78, § 4; *Id.* lib. 19, tit. 1, *de act. empt. et vend*, l. 13, § 17 y el núm. III, 7º del presente párrafo.

(5) Es lo que sucederá cuando la cosa debida está amenazada de deterioro

modo no hay gestión de negocios cuando el deudor de una parte indivisa intenta el mismo la acción en partición contra su copropietario y toda la cosa es adjudicada á uno ó á otro. Este deudor no hace sino adquirir voluntariamente por su cuenta personal la parte de su copropietario ó bien enajenar voluntariamente su propia parte en favor de este último; el acreedor conserva su derecho á la parte estipulada y solamente á esta parte (1).

He aquí las principales aplicaciones del *commodum rei*. Por el contrario, este no comprende los animales salvajes que el deudor de un inmueble ha capturado en éste, porque estos animales no son en lo absoluto un producto del fundo, sino de la ocupación y de la actividad personal del deudor (2). Este no debe restituirlos al acreedor, á no ser que el inmueble estuviere destinado á la caza, porque en este caso las partes han considerado la caza como un producto del fundo (3).

---

y el deudor la vende para cuidar los intereses de su acreedor (Ihering. núm. IV, p. 76). Si el heredero, después de haber vendido la sucesión, vende un bien determinado de ella á un tercero, el comprador de la sucesión puede exigir de su vendedor la entrega de la cosa fraudulentamente vendida. Pero puede también, si lo prefiere, considerar la venta particular, como una gestión de negocios de la herencia, y por tanto, de sus propios negocios, y tendrá interés en tomar el último partido si la cosa vendida ha perecido, puesto que de esta manera se aprovechará del precio de la venta, mientras que de otra no obtendría nada de la cosa vendida (*Dig*. lib. 18, tit. 4, *de hered vel act vend.* l. 21, *Venditor ex hereditate. . . . nisi culpa ejus argueretur*). Pothier, *Pand Just*, 18, 4, *hered vel act de vend*. núm. 7 y Mommsen, § 9, p. 111 y 112, El *Dig*. lib. 16, tit. 3, *depos*. l. 1. § 47, y l. 2 pertenecen á otro orden de ideas. Si el heredero del depositario vende la cosa depositada, creyendo que forma parte de la sucesión, esta circunstancia, que no le es imputable, lo liberta de la obligación de restituir la cosa; pero al menos está obligado á ceder al deponente su acción para el pago del precio de la venta.

(1) Yhering núm. II, p. 10, nota 3. Mommsen, § 5, p. 60 y 61. Véase antes núm. III, 7 y nota 4 pág. 36. Arts. 2431 y 2432 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) *Dig*. lib. 22, tit. 1, *de usur* l. 26. Art. 741 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(3) *Dig*. lib. 22, tit. 1. l. 26. Arts. 738 y 739 del Cód. Civ. del D. F. de México.

§ 7.—*Del lugar del pago.*

I. La cuestión sobre el lugar donde el pago debe hacerse no se presenta para los inmuebles que se pagan necesariamente allí donde están situados. Cuanto á las cosas muebles, es preciso ver ante todo si las partes han convenido ó no en un lugar para el pago.

1º En el primer caso, la convención forma la ley de las partes: el deudor debe pagar en el lugar convenido (1) y el acreedor no puede hacerse pagar sino en este lugar (2). Si la convención indica muchos lugares conjuntamente (Smyrna y Efeso), la deuda es pagadera por partes iguales en cada uno de los lugares designados (3). Si estos son indicados alternativamente (Smyrna ó Efeso), el deudor, debe pagar á su elección en el uno ó en el otro. Él conserva esta facultad, cuando es demandado ante el juez de su domicilio (4); pero cuando el acreedor demanda en el lugar del pago, como tiene derecho de hacerlo, el intento de la acción hace pasar, por la naturaleza de las cosas, la elección del deudor al acreedor (5).

Hay más: cuando la alternativa en cuanto al lugar se combina con una alternativa en cuanto á la cosa (1,000 en Smyrna ó un caballo en Efeso), el acreedor que demanda al deudor en el lugar del pago, adquiere por vía de consecuencia la elección de la cosa; la del lugar del pago implica la de la cosa por pagar (6).

2º. A falta de convención especial sobre el lugar del

(1) *Dig.* lib. 13, tit. 4, *de eo quod certo loco* l. 2; *Id.* lib. 45, tit. 1, *de verb. obligat.* l. 122. Art. 1520 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) *Inst.* lib. 4, tit. 6, *de action.* § 33.

(3) *Dig.* lib. 13, tit. 4, *de eo quod certo loco,* l. 2, § 4.

(4) L. 2, § 2 cit. Pothier, *Pand. Just.* lib. 13, tit. 4, *de eo quod certo loco,* número 8, nota f.

(5) L. 2, § 3 cit.

(6) L. 2, § 3 cit.

pago, hay que hacer una distinción entre las deudas de cuerpos ciertos y las de cosas fungibles. Los primeros son naturalmente pagables allí donde se encuentran al tiempo del pago; el deudor está obligado á pagar en este lugar, y el acreedor no puede exigir ser pagado en otra parte (1). Es indiferente que en el momento del contrato la cosa se encuentre en otro lugar, porque haya sido dislocada después (2), con tal de que el deudor no la haya dislocado fraudulentamente, porque él no puede dañar al acreedor por su dolo (3). En cuanto á las cosas fungibles, ellas no tienen asiento fijo; se encuentran generalmente en todas partes, y por consiguiente el deudor puede hacer su prestación en cualquier lugar que le sea conveniente, lo que es una cuestión de hecho (4). Particularmente el deudor puede ofrecer pagar en su domicilio, y el acreedor está obligado á aceptar tal pago, no teniendo derecho de exigir que la prestación se ejecute en otra parte (5). Sin embargo, el

(1) *Dig.* lib. 5, tít. 1, *de judic.* l. 38; *Id.* lib. 6, tit. 1, *de rei vindic.* l. 10; *Id.* lib. 10, tit. 4, *ad exhib.* l. 11, § 1; *Id.* lib. 30, *de leg.* I, l. 47. El acreedor que desea ser pagado en el lugar de la demanda, soporta los gastos del transporte. (*Dig.* lib. 16, tit. 3, *depos.* l. 12, § 1; *Id.* lib. 10, tit. 4 *ad exhib.* l. § 1. Arg. *Dig.* lib. 6, tit. 1, *de rei vindic.* ll. 10 y 11).

(2) *Dig.* lib. 16, tit. 3, *depos.* l. 12, § 1; *Id.* lib. 30, *de leg.* I, l. 47.

(3) *Dig.* lib. 5, tit. 1, *de judic.* l. 38; *Id.* lib. 10, tit. 4, *ad exhib.* l. 11, § 1; *Id.* lib. 16, tit. 3, *depos.* l. 12, § 1; *Id.* lib. 30, *de leg.* I, l. 47. En caso de dislocación fraudulenta, el deudor debe pagar en el lugar de la demanda (*Dig.* lib. 5, tit. 1, *de judic.* l. 38; *Id.* lib. 10, tit. 4, *ad exhib.* l. 11, § 1; *Id.* lib. 30, *de leg.* I, l. 47). A las deudas de cuerpos ciertos hay que asimilar aquí las que tienen por objeto cosas fungibles para ser tomadas de una masa determinada (100 hectólitros de trigo que se encuentra en tal granero); esta masa está en un lugar fijo como si fuera un cuerpo cierto, y sucede lo mismo con lo que debe ser tomado de ella. (*Dig.* lib. 5, tit. 1, *de judic.* l. 38; *Id.* lib. 30, *de leg.* I, 47, § 1). Art. 1520 inciso I del Cód. Civ. del D. F. de México.

(4) Arg. *Dig.* lib. 5, tit. 1, *de judic.* l. 38; *Id.* lib. 30, *de leg.* I, l. 47, § 1; *Id.* lib. 46, tit. 3, l. 39. Art. 1520 inciso II del Cód. Civ. del D. F. de México.

(5) Algunos autores (Bethmann, Hollweg, *Versuche uber einzelne Theile der Theorie des Civil prozesses*, nº 1, p. 18 y nota 55 y Maynz, II, § 178) añaden que el acreedor tiene el derecho recíproco de hacerse pagar en cualquier lugar que le convenga. Pero este derecho es incompatible con el que tiene el deudor de pagar en cualquier lugar oportuno; si el deudor tiene la facultad de pagar en

deudor de cosas fungibles no tiene la facultad de pagar en cualquier parte sino hasta el intento de la acción; una vez intentada, la deuda se hace naturalmente pagadera en el lugar de la demanda (1). Sucede lo mismo con las deudas de cuerpos ciertos, cuando son de derecho estricto (2).

II. A la cuestión sobre el lugar del pago se refiere íntimamente la del juez competente para conocer de la acción por pago.

1º. Es necesario partir del principio que el deudor puede ser demandado allí donde ha lesionado el derecho del acreedor: en efecto, por esta lesión la acción ha nacido, y también en el lugar de la lesión misma; ahora bien el juez natural de una acción es el del lugar donde la acción ha nacido (3). Se podría llamar este *forum* el *forum lœsionis vel natæ actionis*. Pero ¿dónde lesiona el deudor los derechos del acreedor? Si las partes han determinado en su convención el lugar del pago, evidentemente allí falta á su obligación el deudor que no paga (4). Cuando se trata de inmuebles ó de cuerpos ciertos, pagaderos allí donde se encuentran, también en este lugar lesiona el derecho del acreedor el deudor que no paga (5). Pero, siendo las cosas fungibles pagaderas en cualquier lugar, es materialmente imposible considerar el lugar del pago como el lugar de la lesión de la obligación; se está entonces obligado á reputar tal el lugar donde la obligación ha tomado nacimien-

su domicilio, el acreedor no puede forzarlo á pagar en otra parte. Art. 1520, inciso III del Cód. Civ. del D. F. de México.

(1) *Dig.* lib. 5, tit. 1, *de judic.* l. 38; *Id.* lib. 12, tit. 1, *de reb. cred.* l. 22; *Id.* lib. 13, tít. 3. *de condict tritic.* l. 4; *Id.* lib. 30, *de leg.* I, l. 47 § 1.

(2) Arg. *Dig.* lib. 16, tit. 3, *depos.* l. 12. § 1. Goeschen, II, § 414.

(3) Arg. *Novella* 69, cap. 1. Arts. 185 á 209 del Cód. de Proc. Civ. del D. F. de México.

(4) *Dig.* lib. 5, tit. 1, *de judic* l. 19, § 4; *Id.* lib. 42, tit. 5, *de reb. auctor, jud. possid.* l. l. 1 y 3; *Id.* lib. 44, tit. 7, *de obligat et act.* l. 12.

(5) Arg. de los mismos textos.

to; luego el lugar del contrato (1), el del cuasi-contrato (2) del delito etc. (3).

2º El acreedor puede además demandar al deudor ante el juez de su domicilio, *actor sequitur forum rei* (4). Pero no puede reclamar el pago ante este juez sino de la manera con que el deudor está obligado á hacerlo. En consecuencia, si la deuda es pagadera en otro lugar que el domicilio del deudor, ya en virtud de contrato, ya porque se trate de inmuebles ó de cuerpos ciertos (5), el acreedor puede solamente demandar por el pago en ese lugar. Tal será también el objeto de la condenación, y en el caso en que haya lugar á daños y perjuicios, será preciso, para proceder á su estimación, tomar en cuenta el interés que tenía el deudor ó el acreedor en hacer ó recibir el pago en el lugar indicado por la convención ó por la situación de la cosa (6).

III. En cuanto á las acciones por las cuales se enta-

---

(1) *Dig.* lib. 5, tit. 1, *de judic* l. 19, § 2.

(2) *Dig.* eod. l. 19, § 1; l. 36 § 1; l. 45 y l. 20.

(3) Cesa la última regla, cuando resulta de las circunstancias que las partes no han querido obligar al deudor á defenderse en el lugar del contrato. Tal es el caso en que el deudor estuviese simplemente de paso en este lugar; entonces se juzga lesionado el derecho del acreedor en el domicilio del deudor (*Dig.* lib. 5, tit. 1, *de judic.* l. 19. § 2).

(4) *Dig.* lib. 5, tit. 1, *de judic.* l. 19, § 4; *Id.* lib. 42, tit. 5, *de reb. auctor, jud. possid.* l. l. 1 y 2; *Cod.* lib. 3, tit. 13, *de jurisd. omn. judic.* l. 2. El deudor puede también ser demandado ante el juez de su ciudad. (*Dig.* lib. 50, tit. 1, *ad municip.* l. 29), y como la ciudad de Roma era la ciudad común de todos los ciudadanos romanos, el deudor que lo era y que gozaba también en otra parte del derecho de ciudad, podía ser demandado, ya en su ciudad especial, ya en Roma (*Dig.* lib. 4, tit. 6, *ex quib. caus mojores* l. 28, § 4; *Id,* lib. 50, tit. 1, *ad municip.* l. 33), con tal de que se encontrara actualmente en Roma (*Dig.* lib. 4. tit. 6, *ex quib. caus. majores,* l. 28, § 4). Nos abstendremos en nuestra exposición ulterior, de mencionar el *forum civitatis* al lado del *forum domicilii;* pero se sobrentenderá.

(5) Si se trata de cosas fungibles ó de una deuda de derecho estricto sobre un cuerpo cierto; el intento de la acción hace la deuda pagadera en el lugar de la demanda. V. lo dicho antes nº 1, 2º de este párrafo pág. 40.

(6) *Dig.* lib. 13, tit. 4, *de eo quod certo loco,* l. l. 2 § 8 y 3; *Id.* lib. 19, tit. 1, *de act. empt. et vend.* l. 3, § 4; *Cod.* lib. 3, tit. 10, *ubi conv. qui certo loco* l. *unic.*

blan las demandas en los lugares mencionados, es preciso separar las obligaciones de buena fe de las de derecho estricto.

1º Si la obligación es de buena fe, la acción que de ella nace, puede ser indistintamente empleada. El acreedor es libre para intentarla, ya ante el juez del lugar donde su derecho ha sido lesionado, ora ante el juez del domicilio del deudor. Esta última demanda era posible, aun cuando se había estipulado pagar la deuda en otra parte; bastaba mencionar en la *intentio* de la acción el lugar que había sido convenido para el pago, lo que era perfectamente compatible con la naturaleza de una acción de buena fe (1).

2º Si la obligación era de estricto derecho, la acción que producia era susceptible de ser intentada solamente ante el juez del lugar en que el pago debía hacerse. En efecto, el rigor de la acción no permitía modificar la *intentio*, insertando en ella el lugar del pago y, por otra parte, si el lugar del pago no era indicado en la *intentio*, había *plus petitio loci* (2). El principio no daba lugar á inconveniente alguno, cuando la convención no había fijado el lugar del pago, porque entonces, como ya lo hemos dicho, la deuda de derecho estricto era siempre pagadera en el lugar donde se había intentado la acción. Pero, si la convención había designado el lugar del pago, la acción de derecho estricto no podía ser promovida sino ante el juez de ese lugar. Y sin embargo, importaba iniciar un procedimiento en el domicilio del deudor, porque éste podía no encontrarse en el lugar del pago y no poseer nada allí, en cuyo caso el derecho del demandante en este lugar era irrisorio. El Pretor colmó esta laguna. Dispuso que

(1) *Dig.* lib. 13, tit. 4, *de eo quod certo loco* l. 7; Id, lib. 13, tit. 5, *de pec. constit.* l. 16, § 1; *Id.* lib. 10, tit. 4, *ad exhib.* l. 11, § 1.

(2) *Inst.* lib. 4, tit. 6, *de action*, § 33.

sí, con motivo de una obligación de derecho estricto, las partes habían determinado un lugar para el pago, no por eso dejaría de admitirse al acreedor á demandar al deudor en su domicilio, acordando al primero, para tal efecto, la acción *de eo quod certo loco dari oportet* (1). Esta acción es arbitraria (2). El *arbitrium* tenía por objeto el pago de la deuda allí donde debía de verificarse; no se hizo de ejecución forzosa, sino hacia fines del período clásico ó durante el bajo Imperio. Si era ejecutado, el demandado quedaba absuelto (3); en caso contrario, había lugar á una condenación propiamente dicha. Esta, en la época clásica, era siempre pecuniaria; el Juez, al fijar su monto, atendía al interés del deudor ó del acreedor en hacer ó recibir el pago donde debía efectuarse, y disminuia ó mejoraba por este motivo la condenación pecuniaria (4). En la legislación de Justianiano, la condenación tiene por objeto el pago de la deuda en el lugar convenido (5), á menos que la obligación se resolviera en daños y perjuicios, en cuyo caso el Juez debe todavía tomar en cuenta el interés resultante del lugar del pago (6).

IV. Nos resta refutar algunas opiniones divergentes·

1º Se confunden frecuentemente el lugar del pago y el de la demanda judicial. Las dos nociones son bien distintas. No solamente un deudor cualquiera puede ser demandado en su domicilio, aunque su deuda sea pagadera en otra parte, sino que el deudor de cosas fungibles tiene en principio el derecho de pagar en cualquier parte, mientras que no puede ser demandado sino en determinados lugares; sin

---

(1) *Inst.* lib. 4, tit. 6, *de action.* § 33; *Dig.* lib. 13, tit. 4, *de eo quod certo loco*, l. 1.

(2) § 33 cit.; *Dig.* lib. 13, tit. 4, l. 2.

(3) *Dig.* eod. l. 4, § 1.

3, tit. 18, l. unic.

(4) *Inst.* lib. 4, tit. 6, *de action.* § 33; *Dig.* lib. 13, tit. 4, l. 2, § 8; *Cod.* lib.

(5) Arg. *Inst.* lib. 4, tit. 6, *de action.* § 32.

(6) *Inst.* eod. § 33.

embargo, si es demandado en uno de estos lugares, es el lugar de la demanda el que determina el de la ejecución ulterior de su obligación (1). Esta confusión del lugar del pago con el de la demanda judicial ha provocado el sistema sigusënte. Se ha enseñado (2) que la obligación debía ser á la vez cumplida y judicialmente demandada allí donde había nacido; se obtenía así un *forum natæ obligationis*, que habría comprendido como especies particulares el *forum contractus*, el *forum gestæ administrationis* y el *forum delicti commissi.* Este sistema es erroneo. Tomemos una deuda de cuerpo cierto. La obligación se forma en el lugar del contrato, del cuasi-contrato etc., pero es en el lugar donde se encuentra la cosa debida donde deben hacerse en principio el pago y la demanda judicial. Por otra parte, una deuda de cosas fungibles nace también en el lugar del contrato, del cuasi-contrato etc., mientras que es pagadera en cualquier parte y la demanda judicial no será necesariamente promovida en el lugar del contrato ó cuasi-contrato (3). Además, un *forum lesionis vel natæ actionis* nos parece mucho más racional que un *forum natæ obligationis*. En efecto, la acción no supone solamente la existencia de la obligación, sino también la lesión de la obligación de parte del deudor; nace, pues, en el lugar de la lesión, y el juez natural de una acción es el del lugar donde ella ha nacido.

2º Se sostiene también que (4), independientemente de las deudas de cosas fungibles, las de cuerpos ciertos, si son de derecho estricto, son pagaderas en un lugar cualquiera (5). Pero este sistema carece de fundamento. Lo único

---

(1) V. nº 1, 2º y II de este párrafos págs. 38 y 40.

(2) V. entre otros, Doneau, *Coment. jur. civ.* XVII, cap. 14.

(3) Véase la nota 3 pág. 41.

(4) Bethman-Hollweg, *op. cit.* nº 1, p. 18 y 19. Windscheid, II, § 282. 1º a y nota 6. Mommsen, *Beitrage*, III, § 22 y nota 6 se inclina en el mismo sentido.

(5) Arg. *Dig.* lib. 45, tit. 1, *de verb obligat.* l. 137, § 4; *Id.* lib. 12, tit. 1, *e reb. cred.* l. 22 y lib. 13, tit. 3, *de condict. tritic.* l. 4.

verdadero es que el intento de la acción hace las deudas mencionadas pagaderas en el lugar de la demanda (1).

3º Según un eminente intérprete moderno (2), el Juez competente para conocer de la acción en pago sería de una manera general el del domicilio del deudor (3). Este *forum domicilii* no cedería sino ante una voluntad contraria de las partes, ante un *forum prorrogatum vel pactititium* (4). El que por su libre voluntad se obliga en determinado lugar, se sometería tácitamente al juez de este lugar (5), salvo que, si otro lugar había sido fijado para el pago, se sometiera más bien al Juez de este último lugar (6).

Tal sería el *forum contractus*. Pero como este no tiene sino un carácter excepcional, el *forum domicilii* recobraría su imperio desde luego en todas las obligaciones que no nacen de contratos ó de causas análogas y en las cuales por tanto no se podría admitir una voluntad tácita del deudor de aceptar una jurisdicción especial (7), después en las obligaciones resultantes de contratos ó de causas análogas; pero en las cuales la cosa debida es pagadera en un lugar determinado, fuera de la voluntad de las partes (8), ó bien

(1) V. nº I, 2º de este párrofo. Los textos vienen en nuestro apoyo. La obligación de ejecutar un legado era de derecho estricto en la época clásica; ahora bien el *Dig.* lib. 5, tit. 1, *de judic.* l. 38 y el *Id.* lib. 30, *de leg.* I, l. 47 deciden que si se ha legado una cosa determinada, el pago debe hacerse donde se encuentre. Todo lo que resulta del *Dig.* lib. 45, tit. 1, *de verb obligat*, l.137, § 4 es que es lo mismo para un habitante de Roma, á Sticho se prometa pagar en Efeso ó que Sticho esté en Efeso; en efecto, en el segundo caso, Sticho deberá ser pagado donde se encuentre cuando el pago; luego necesariamente en Efeso. En cuanto al *Dig.* lib. 12, tit. 1, *de reb. cred.* l. 22 y al *Dig.* lib. 13, tit. 3, *de condic tritic.* l. 4, se tata de deudas de cosas fungibles. Molitor, I, nº 308 establece la regla de que los cuerpos ciertos son dables en pago donde se encuentran.

(2) Bethman-Hollweg, *loc. cit.*

(3) *cod. loc.* Art. 186 del Cód. de Proc. Civ. del D. F. de México.

(4) El mismo autor, p. 20. Art. 185 del Cód. de P?oc. Civ. del D. F. de México.

(5) El mismo autor, p. 20-23.

(6) El mismo autor, p. 35-37.

(7) El mismo autor, p. 23-27 á 35.

(8) El mismo autor, p. 47-50.

cuando las circunstancias prueban que el deudor no ha querido someterse á una jurisdicción especial, por ejemplo si estaba solamente de paso en el lugar del contrato (1). Este sistema es ingenioso; pero explica difícilmente la competencia del juez del lugar convenido para el pago. En efecto, si el acreedor puede entablar su acción ante este juez, es más bien porque el deudor está en mora de pagar en el lugar convenido, que porque hubiera aceptado tácitamente el juez de este lugar (2).

Muchas leyes son por lo demás inexplicables dada la hipótesis de un *forum prorrogatum* (3) y ninguna la confirma (4).

4º En fin se ha pretendido que si una deuda de derecho estricto tiene por objeto un *incertum*, la acción de *eo quod certo loco* es inútil; la acción que nace de la obligación de derecho estricto podría ser intentada contra el deudor en el lugar de su domicilio (5) Pensamos que, aun

---

(1) El mismo autor, p. 23-27. El autor se apoya en el *Dig.* lib. 5, tít. 1, *de judic.* l. 19, § 2.

(2) Así Bethman-Holl&eg, p. 36-37 reconoce que en el caso la competencia del juez tiene también un motivo más profundo y más general que el de un *forum prorrogatum*. La acción, dice, no es otra cosa que una demanda judicial de la cosa debida; de donde resultaría que, si el pago debe hacerse en un lugar convenido, no puede ser demandado, sea extrajudicial, sea judicialmente, sino en este lugar.

(3) Así el heredero puede ser demandado en pago de los legados donde se encuentren en su mayor parte los bienes hereditarios (*Dig.* lib. 5, tit. 1, *de judic.* l. l. 50 y 52; *Cod.* lib. 3, tit. 17, *ubi fidei. pet*, l. unic. Art. 1711 del Cód. de Proc. Civ. del D. F. de México) y el heredero fideicomisario puede ser demandado en el mismo lugar por pago de las deudas hereditarias (*Dig.* lib. 36, tit. 1, *ad senatum consultum Trebell*, l. 68, § 4). No puede tratarse aquí de un *forum prorrogatum*. Para Bethman-Hollweg, p. 30-35 estas leyes son en efecto excepcionales. Para nosotros, se explican perfectamente por la consideración de que el derecho de los legatarios es lesionado allí donde se encuentra la mayor parte de la sucesión.

(4) El *Dig.* lib. 5, tit. 1, *de judic.* l. 19, § 2 se limita á decir que el deudor se defiende en el lugar del contrato, á menos que se hubiera convenido que en otra parte.

(5) Bethman-Hollweg, I. p. 45. Molitor, I, nº 309. Se invoca el *Dig.* lib. 5, tit. 1, l. 43; *Id.* lib. 12, tit. 1, l. 22 y el *Id* lib. 13, tit. 3, l. 4.

cuando se tratara de un *incertum* el rigor de la acción de derecho estricto no permitiría insertar en la *intentio* de la formula el lugar convenido para el pago, y no sería tampoco posible omitir la mención de este lugar sin exponerse á la *plus petitio loci* (1).

§ 8.—*Del tiempo del pago.*

La época en que el deudor está obligado á pagar, varía según que la obligació es á plazo ó pura y simple.

I. Si es á plazo, en general el deudor no puede ser obligado á pagar sino al vencimiento, porque el plazo es regularmente establecido en su interés, *diei adjectio pro reo est:* tiene por objeto suspender la exigibilidad de la obligación (2). El acreedor no puede reclamar el pago ni aun el último día del plazo, porque el deudor dispone de este día todo entero para hacer el pago (3). El deudor es libre, por lo demás, de pagar antes del vencimiento, puesto que cada uno puede renunciar á un derecho establecido en su favor (4). Estas reglas cesan con su motivo si el plazo ha sido establecido en interés del acreedor ó de ambas partes. Alguno deposita una cosa por el plazo de un año; este plazo se fija en ventaja del deponente (del acreedor), á efecto de obligar al depositario á que guarde la cosa durante un

---

(1) El *Dig.* lib. 5, tit. 1, l. 43 prueba solamente que si una deuda de derecho estrieto sobre un hecho del hombre para ser ejecutado en determinado lugar (construcción de una casa en Capua), se resuelve en daños y perjuicios, estos pueden ser reclamados por la acción que nace de la deuda, ya en el lugar del contrato, ya en el domicilio del deudor, porque los daños y perjuicios son cosas fungibles, pagaderos en el lugar de la demanda. En cuanto al *Dig.* lib. 12, tit. 1, l. 22 y al *Dig.* lib. 13, tit. 3, l. 4 tienen en mira una *condictio incerti*, promovida, no en el domicilio del deudor sino en el lugar convenido para el pago.

(2) *Inst.* lib. 13, tit. 15, § 2; *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 41, § 1. Arts. 1355, 1360 y 1516 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(3) *Inst.* lib. 3, tit. 15, § 2.

(4) *Dig.* lib. 46, tit. 3, l. 70.

año entero. Se sigue de esto que el deponente puede exigir la restitución del depósito antes de la expiración del año (1) y que el depositario no tiene derecho de restituir antes (2). Otro coloca dinero á interés por un plazo de cinco años. En razón de los intereses, el plazo ha sido fijado tanto en ventaja del mutuante como del mutuatario; pues al primero le asegura la colocación de sus fondos durante cinco años. En consecuencia el mutuante no puede reclamar el reembolso antes de cinco años y el mutuatario no está autorizado á reembolsar por anticipación, á menos que pague los intereses hasta el vencimiento, en cuyo caso el mutuante queda desinteresado (3).

II. Si la obligación es pura y simple, el deudor debe pagar á la primera reclamación del acreedor (4). Se hace un préstamo de dinero, sin que se convenga la época de la restitución; el mutuante es libre para reclamar el reembolso en cualquier momento. Sin embargo:

1º El heredero que hace inventarios, puede rechazar á los acreedores de la sucesión durante los plazos que le son acordados para la confección de aquellos (5).

2º El deudor puede ser admitido por el juez á pagar

---

(1) *Dig.* lib. 16, tít. 3, l. 1, §§ 45 y 46. Arts. 1360, 1516, 2556, inciso II y 2579 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) *Dig.* lib. 31, *de leg.* II, l. 43, § 2 é *Id.* lib. 33, tit. 1, l. 15.

(3) El *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 122 supone que, por un contrato celebrado en Roma, alguno había tomado dinero á interés, prometiendo restituirlo á los tres meses en una provincia lejana. Los intereses habían sido pagados anticipadamente. Algunos días después del préstamo, el mutuatario ofreció reembolsar en Roma el capital prestado, hecha deducción de los intereses pagados. Scævola decide que puede ser demandado en Provincia después del vencimiento. En el caso las ofertas del deudor eran doblemente defectuosas; no eran hechas en el lugar convenido y, como el deudor deducía los intereses del capital, privaba además al acreedor del beneficio del plazo estipulado en ventaja de ambas partes (Molitor, I, nº 147). Art. 1360 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(4) *Inst.* lib. 3, tít. 15, § 2. Art. 1423, inciso II del Cód. Civ. del D. F. de México.

(5) *Cód.* lib. 6, tit. 30, l. 22, § 11. Art. 3731 del Cód. Civ. del D. F. de México.

en varias partidas, con plazos moderados; son los plazos de gracia (1).

3º El beneficio de competencia procura otro plazo de gracia hasta que el deudor haya hecho nuevas adquisisiones (2).

§ 9.—*De la prueba del pago.*

La prueba del pago está sometida á la teoría general de la prueba. Ella incumbe al deudor, porque se pretende libre; porque opone una excepción y todo demandado debe establecer el fundamento de sus excepciones (3). Por otra parte, la prueba del pago se hace por los modos ordinarios, por la producción de una quita, por testigos etc. (4). Pero, bajo el último aspecto, conviene acentuar las reglas siguientes:

1ª Una quita no hace fe del pago sino treinta días después de su fecha. Porque el acreedor remite frecuentemente una quita al deudor, no para comprobar la recepción del pago, sino por la esperanza de éste, como invitación para pagar. Solamente después de cierto plazo que el derecho romano fija en treinta días, la posesión de la quita por el deudor probará de una manera cierta el pago, porque el acreedor que no reciba éste, puede hacerse restituir la quita (5). En tanto que el plazo de treinta días no ha expirado, el acreedor á quien se opone la quita, puede forzar al deudor á que pruebe el pago de otra manera; el medio es llamado por nuestras fuentes *exceptio non numeratæ pecuniæ*, aunque el acreedor no soporta el fardo de la prue-

---

(1) *Id. l.* 6, Véase antes, pág. 24.
(2) Véase ántes, pág. 24.
(3) *Cod.* lib. 8, tít. 42, l. 25.—Arts. 354 á 356 del Cód. de proc. civ. del D. F. de México.
(4) *Cod.* lib. 4, tít. 21, l. 19.
(5) *Cod.* lib. 4, tít. 30, l. 14, § 2.

ba (1). El acreedor tiene también derecho, durante treinta días, ya de repetir la quita por una *condictio sine causa* (2), ya de perpetuar por una protesta judicial su derecho de negar el pago (3). Las quitas entregadas por una autoridad pública no están sometidas á estas reglas; ellas hacen inmediatamente fe, porque jamás son dadas al deudor sino después de efectuado el pago (4).

2ª La prueba del pago resulta de que el acreedor ha entregado al deudor el título del crédito (5) ó lo ha destruido ó borrado (6); desde entonces hay que suponer que ha sido pagado. Será naturalmente al deudor á quien corresponda establecer que el acreedor ha entregado ó destruido ó borrado el título. El acreedor puede, por lo demás, combatir la prueba producida por el deudor, ya estableciendo que la entrega del título del crédito no ha sido voluntaria, que ha habido violencia (7), ya de cualquiera otra manera (8). Pero, aun admitiendo que la entrega del título no pueda valer como prueba del pago, sí vale como remisión tácita de la deuda, á menos que se pruebe que no fué voluntaria (9).

3ª Si se trata de prestaciones periodicas, de pagos de intereses, de alquileres, etc., el pago de tres plazos sucesivos hace presumir el de los anteriores. Si, pues, el deudor establece que ha pagado los intereses de los años 4–5 y 6, se presumirá que ha pagado también los intereses de los

---

(1) *Cod.* lib. 4, tít. 30, l. 14, § 2. Esta pretendida excepción es, por lo demás, más bien una *replicatio*.—Arts. 1093 y 1094 del Cód. civ. del D. F. de México.

(2) *Cod.* lib. 4, tít. 30, l. 14, § 4.

(3) *Cod. eod. loc.*

(4) *Cod.* lib. 10, tít. 22, l. 5.

(5) Arg. *Cod.* lib. 8, tít. 42, l. l. 14 y 15. Art. 1650 del Cód. civ. del D. F. de México.

(6) Arg. *Dig.* lib. 22, tít. 3, l, 24.

(7) *Cod.* lib. 8, tít. 42, l. 15. Art. 1299 del Cód. civ. del D. F. de México.

(8) *Dig.* lib. 22, tít. 3, *de probat.* l, 24. Cód. lib. 8, tít. 42, l. 14. Art. 1296 del Cód. civ. del D. F. de México.

(9) *Dig.* lib. 2, tít. 14, *de pact.* 1. 2, § 1. Véase adelante § 229.

años 1–2 y 3. Esta presunción se funda sobre la naturaleza de las cosas; el acreedor no ha de haber dado quitas por los años 4–5 y 6, sin haber sido pagado por los años presedentes (1).

4ª Si una deuda es comprobada por escrito, la prueba testimonial del pago exige cinco testigos (en vez de dos); así lo decide una extravagante constitución de Justiniano (2).

§ 10.—*Del efecto del pago.*

El pago tiene por efecto extinguir la deuda de pleno derecho (3), con todos sus accesorios (4). Luego se extinguen las hipotecas que garantizaban la obligación (5), y todos aquellos que en ella intervenian como codeudores ó coacreedores solidarios, quedan libres ó pierden su crédito (6). Se presenta una sola dificultad. Alguien es deudor de otra persona por diversas causas; le debe, por ejemplo, 2,000 francos *ex mutuo* y 1,000 *ex empto;* le hace un pago insuficiente para cubrir ambas deudas; no le paga sino 1,500 francos. ¿Sobre cual deuda se hará la imputación del pago? El interés práctico de la cuestión resulta suficientemente de la solución que se le diere.

1º Desde luego, es al deudor á quien corresponde, al tiempo del pago, el derecho de hacer la imputación como

(1) *Cod.* lib. 10, tít. 29, *de apoch. publ.* l. 3 y arg. de esta ley. La 3 no estatuye sino para las contribuciones públicas, pero como la presunción que establece es de las más naturales, debe ser generalizada en el sentido indicado [Windscheid, II, § 344. Unterholzner I, § 294. *Contra:* Sintenis, II, § 103 y *Aun* 93, Molitor, II, núms. 984 y Maynz, II, § 289]. Art. 1526 del Cód. civ. del D. F. de México.

(2) *Cod.* lib. 4, tít. 20, *de testib.* l. 18 y *Novella* 90, cap. 2.

(3) *Inst.* lib. 3. tít. 19, *de inutil. stipul* § 4.

(4) *Dig.* lib. 46, tít. 3, l. 43 *initio.*

(5) Ibidem. Arts. 1762 y 1925 fr. I del Cód. civ. del D. F. de México.

(6) *Inst.* lib. 3, tít. 29; *Id.* lib. 3, tít. 16, § 1. *Dig.* lib. 46, tít. 3, l. 43.

lo estimare conveniente, porque él es dueño de la cosa que da en pago (1). Este derecho es modificado solamente por el del acreedor de rehusar un pago parcial respecto de uno de sus créditos (2). Así en el caso antes indicado el deudor no podria, contra la voluntad del acreedor, imputar 1,000 sobre la deuda de 2,000 y 500 sobre la de 1,000. He aquí una aplicación del mismo principio. Las dos deudas mencionadas son productivas de intereses; el deudor no puede obligar al acreedor á aceptar 1,000 sobre el capital de 1,000 y 500 sobre el capital de 2,000; son éstas dos imputaciones parciales, la primera lo mismo que la segunda; el capital y los intereses no forman sino una sola deuda. Se comprende la ventaja que tiene el deudor en imputar los 1,500 exclusivamente sobre los dos capitales; de esta manera 1,500 cesarian de ser productivos de intereses (3).

2º Si el deudor no hace la imputación al tiempo del pago, el acreedor puede hacerla en su lugar (4), en el mismo momento (5), particularmente en la quita. Pero debe consultar ante todo el interés del deudor (6). Desde luego está obligado á imputar el pago á las deudas vencidas, de preferencia á las que no lo son (7). Si todas lo son ó no igualmente, debe hacer la imputación á la deuda más onerosa en razón de los intereses, de una cláusula penal, de una hipoteca, de una fianza, etc. (8). Cuando el deudor no tiene interés bajo estos dos aspectos, el acreedor puede imputar el pago á la deuda que debe prescribirse primero, es decir, generalmente sobre la deuda más antigua (9). Puede

---

(1) *Dig.* lib. 46, tít. 3, l. 1 *initio*. *Cod.* lib. 8, tít. 42 l. 1 *initio*.

(2) Arg. *Cod.* lib. 8, tít. 42, 1, 1.

(3) Ley 1 cit. *Dig.* lib. 46, tít. 3, l. 5, § 2. Vangerow, III, § 589. Arts. 1454 1456 y 1525 del Cód. civ. del D. F. de México.

(4) *Dig.* lib. 46. tít. 3, l. 1.

(5) *Dig.* lib. 46, tít. 3, l. l. 1-2 y 3 *initio*.

(6) *Dig.* lib. 46, tít. 3, l. l. 1 y 3.

(7) *Dig.* lib. 46, tít. 3, l. 1.

(8) Arg. *Dig.* lib. 46, tít. 3, l. l. 1-4-5 y 7.

(9) Arg. *Dig.* lib. 46, tít. 3, l. l. 5-24 y 97. Art. 1455 del Cód. civ. del D. F. de México.

también hace la imputación de cualquiera otra manera.

3º Si ninguna de las partes hace la imputación, ésta se verifica de pleno derecho sobre las deudas vencidas (1), después sobre las más onerosas (2), subsidiariamente sobre la deuda que deba prescribirse primero (3) y siendo todas iguales, sobre las diversas deudas proporcionalmente á su monto respectivo; en el ejemplo antes citado, se imputarán 1,000 á la deuda de 2,000 y 500 á la de 1,000 (4).

§ 11.—*De los derechos del deudor impedido de pagar por circunstancias relativas al acreedor.*

Muller [F]. *De depositione judiciali juris romani.* Berlin 1847.

El deudor puede querer librarse lo más pronto posible de una deuda que produce intereses onorosos ó que está garantizada con una pena, próxima á ser efectiva. El acreedor puede impedir el pago, rehusando ya las ofertas del deudor, ya proceder á ciertas operaciones preliminares al pago tales como la liquidación del credito, la cuenta el peso ó medida de las mercancías que se trata de entregar. El acreedor puede también estar ausente ó sea desconocido, por ejemplo si el acreedor originario ha muerto sin dejar herederos conocidos. En fin, el acreedor puede ser incapaz no provisto todavía del tutor ó curador necesarios. En estos diferentes casos el deudor dispone de dos medios para cuidar sus intereses:

I. Puede constituir al acreedor en mora, haciéndole ofertas que reunan todas las condiciones de un pago valido (5), ó si estas ofertas son imposibles por circunstancias

---

(1) *Dig.* lib. 46, tít. 3, l. 3, § 1. Arts. 1455 y 2272 del Cód. civ. del D. F. de México.

(2) *Dig.* lib. 46, tít. 3, l. l. 4 y 97 *initio.*

(3) *Dig.* lib. 46, tít. 3, l. l. 24 y 97.

(4) *Dig.* lib. 46, tít. 3. l. 8. *Cod.* lib. 8, tít. 42, l, 1.

(5) *Cod.* lib. 4, tít. 32, l. 19.

relativas al acreedor, mediante una protesta judicial (1). Debemos referirnos á la teoría de la mora para las condiciones precisas así como para los efectos de la mora del acreedor (2).

II. El deudor puede recurrir á otro medio mucho más energico que el precedente, puesto que produce la liberación: puede depositar la cosa debida.

1º La condición fundamental para la validez de este deposito es la oferta de la cosa debida (3) y esta oferta debe reunir todas las condiciones de un pago válido, aparte de la aceptación del acreedor; tal oferta seguida de consignación puede ser considerada como equivalente del pago. La oferta debe, pues, recaer sobre la totalidad de la deuda (4), hacerse en un lugar conveniente (5), y, si un término ha sido fijado á la obligación en interés del acreedor, no antes de la expiración de este término (6). Pero no es necesario que el acreedor haya sido constituido en mora á consecuencia de las ofertas, porque independientemente de esta mora, las ofertas acompañadas de consignación imitan el pago y debe hacer sus veces; tal es el caso en que el acreedor ha sido impedido de aceptar las ofertas por circunstancias que no le son imputables. Si causas relativas al acreedor hacen las ofertas imposibles, por ejemplo si el acreedor rehusa proceder á operaciones indispensables para el pago; si está ausente; si es desconocido; si es un incapaz no previsto de tutor ó curador, el deudor es admitido á remplazar las ofertas por una protesta judicial; á lo imposible nadie está obligado (7).

---

(1) *Cod.* lib. 4, tít. 32, l. 6; *Dig.* lib. 4, tít. 4, l. 7, § 2.

(2) Véase adelante §§ 20 y 22.

(3) *Cod.* lib. 4, tít. 32, l. l. 2 y 19.

(4) *Dig.* lib. 22, tít. 1. l. 41, § 1.

(5) *Dig.* lib. 46, tít. 3, l. 39.

(6) *Id. Id.* Arts. 1556 á 1569 del Cód. civ. y 649 fr. VII del de Procedimientos civiles del D. F. de México.

(7) *Cod.* lib. 4, tít. 32, l. 6; *Dig.* lib, 4, tít. 4, l. 7 § 2; *Id.* lib. 17, tít, 1, l. 56 § 1.

2º Parece que en los primeros siglos de Roma el deudor se limitaba á depositar en su propia casa las especies ofrecidas, poniéndolas bajo sello (1). Más tarde el depósito se hizo en un lugar sagrado, templo ó iglesia (2). Bajo Justiniano el deudor debía hacer el deposito en una iglesia ó en cualquiera otro lugar designado por el juez competente para conocer de la acción en pago (3). Por la naturaleza misma de las cosas el depósito debía ser notificado al acreedor para que le fuese posible pagarse de una manera efectiva. Las especies debían ser puestas bajo sello; de aquí las expresiones *consignare* y *obsignare* (4), asi como el término francés *consignation*.

3º Efectuado así el depósito importa pago y produce todos sus efectos; porque reune todos los carácteres de un pago propiamente dicho, aparte la aceptación del acreedor, que es remplazada por la consignación (5). En consecuencia la deuda queda inmediatamente extinguida con todos sus accesorios; los intereses de cualquiera especie cesan de correr (6); no puede ya incurrirse en la pena; se extingen las hipotecas que garantizaban la deuda (7); quedan libres los codeudores solidarios y los fiadores y no pueden ya ser demandados, lo mismo que el deudor que ha consignado (8). Pero el deudor permanece propietario de la cosa depositada, puesto que no ha habido tradición; conserva, pues, también la acción reivindicatoria y puede además, camo deponente, exigir del depositario la restitución de la cosa por la *actio depositi directa*. Cuando más tarde el acree-

(1) Arg. *Dig*. lib. 22, tít. 1, l. 7.
(2) *Dig*. lib. 4, tít. 4, l. 7 § 2.
(3) *Cod*. lib. 4, tít. 32, l. 19 pr. y § 1.
(4) *Cod*. lib. 4, tít. 32, l. l. 6 y 19.
(5) *Cod*. lib. 8, tít. 42, l. 9.
(6) *Dig*. lib. 22, tít. 1, l. 7; *Cod*. lib. 4, tít. 32, l. 19; *Dig*. lib. 26, tít. 7, l. 28, § 1.
(7) *Cod*. lib. 4, tít. 32, l. 19, § 2.
[8] *Dig*. lib, 17, tít. 1, l. 56 § 1.

dor retira las cosas depositadas, los efectos de la consignación se hacen definitivos; la deuda queda irrevocablemente extinguida con todos sus accesorios, desde el día del depósito. Además, el acreedor que retira las cosas depositadas, se hace su propietario, por causa de la tradición hecha á él por el depositario, á cuenta del deudor (1). Si, al contrario, el deudor, como tiene derecho de hacerlo, recobra la cosa depositada, se considera como no hecho el depósito y que la deuda jamás se ha extinguido (2). Se sigue de aqui que el acreedor recobrará su acción contra los codeudores solidarios y los fiadores y podrá prevalerse de nuevo de las hipotecas consentidas en seguridad de la deuda, ya por el deudor, ya por terceros. En efecto. el depósito no ha librado definitivamente á los coobligados ni extinguido las hipotecas; como no ha librado irrevocablemente al deudor consignante, no debía extinguir definitivamente la deuda con sus accesorios sino cuando el acreedor retirase la cosa depositada; en caso contrario se reputa no verificado (3). Desde un punto de vista, sin embargo, el retracto ejecutado por el deudor no tiene efecto retroactivo. El depósito habia detenido el curso de los intereses convencionales ó legales. Cuando el deudor retira la cosa depositada, los intereses recomienzan sin duda á correr; pero solamente á partir del recobro de la cosa; ellos se pierden por todo el periodo que dura el depósito. La razon de esto es que los intereses se deben esencialmente al acreedor por la privación del uso de su capital; ahora bien, si durante el depósito el acreedor ha sido privado de este uso, es por su voluntad

---

[1] Si el depositario rehusa entregar la cosa al acreedor, éste tiene contra él la *actia depositi utilis*, [*Cod.* lib. 4, tít. 32, l. 19, § 4] y aun puede reivindicar utilmente la cosa. Estas acciones útiles se fundan sobre una cesión ficticia de parte del deudor que ha hecho el depósito.

[2] *Cod.* lib. 4, tít. 32, l. 19, § 4.

[3] En este sentido Molitor, II, núm. 983. Art. 1567 del Cód. civ. del D. F. de México.

y por consiguiente no tiene ningun derecho á los intereses (1).

4º El depósito de que se trata se aplica principalmente al dinero acuñado y nuestras fuentes no hablan de él sino bajo este aspecto. Pero pueden depositarse también otras cosas muebles susceptibles de ser guardadas tan facilmente como la moneda, por ejemplo, los objetos preciosos (2). Muchas cosas muebles se sustraen al depósito en razón de la dificultad de su guarda (3). En cuanto á los inmuebles no se les deposita tampoco (4). Cuando se trata de cosas muebles cuya consignación es imposible, el deudor puede tomar tres partidos. Puede desde luego guardar la cosa y demandar más tarde al acreedor moroso la reparación del daño causado por esta guarda (5); obtendrá asi el rembolso de los gastos legítimos hechos por razón de la cosa, ó bien, en el caso de una deuda de vino, el pago del valor locativo de las barricas, si él hubiera podido utilizar estas barricas para poner en ellas su propio vino ó para alquilarlas (6). En segundo lugar, el deudor está en su derecho para vender la cosa con buena fe por cuenta del acreedor (7). En fin y sobre todo; es permitido al deudor abandonar la cosa, dejar que el vino se derrame, por ejemplo, después de haberse advertido al acreedor que por su omisión de tomar

---

[1] El *Dig.* lib, 22, *de usur.* l. 7. no hace correr de nuevo los intereses sino á partir de la mora del deudor; pero esta ley se refiere al antiguo deposito, que se hacía en el domicilio del deudor, y aquí se comprende que la mora del deudor fuese necesaria para que los intereses recomenzasen á correr [Mommsen *Beitrage* III, § [illegible] y nota 3]. En cuanto á los intereses moratorios, cesan ya de correr desde las ofertas previas á la consignación, porque ellas purgan la mora. Después de retirar el depósito, el deudor no debe nuevos intereses moratorios sino en virtud de una nueva mora.

[2] *Dig.* lib. 16, tít. 3, l. 1. § § 36 y 37. *Novella* 91 cap. 2.

[3] Mommsen, *Beitrage III*, § 32, p. 308.

[4] Windscheid, II, § 347; *Contra:* Molitor, II núm. 983.

[5] *Dig.* lib. 33, tít. 6, l. 8.

[6] *Dig.* lib. 18, tít. 6, l. 1, § 3.

[7] *Dig.* lib. 18, tít. 6, l. 1, § 3 [*aut vendare vinum*].

la cosa, ésta sería abandonada (1) y después de haberle acordado un plazo suficiente para proceder á tomarla (2). A fin de que no haya duda sobre la cantidad abandonada, el deudor debía tener cuidado de practicar, ante testigos y al tiempo del abandono, la cuenta, el peso y la medida de las cosas abandonadas (3). Este derecho de abandono es rigurosamente fundado; el acreedor no puede agravar la condición del deudor por su sola voluntad, imponerle la guarda de la cosa más allá de los limites naturales de la obligación. El acreedor prevenido del abandono y sin embargo inactivo no podría quejarse de la pérdida que él mismo ha querido. La prerrogativa acordada al deudor no tiene menos un carácter exorbitante y asi ha parecido á los jurisconsultos romanos, lo que no les impidió admitirla (4). El de-

[1] *Dig.* lib. 18, tít. 6, l. 1, § 3 *initio.*

[2] *Id. Id.*

[3] *Dig.* lib. 18, tít. 6, l, 1 § 4.

[4] *Dig.* lib. 18, tít. 6, l. 1, §§ 3 y 4. Ulpiano, lib. 28 *ad Sabinum.* l. 1, § 3. "*Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit nec intra diem admensum est: effundere autem non statim poterit; priusquam testando demuntiet emptori, ut aut* tollam vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderetur. Si tamen eum posset effundere, non effudit, laudandus est potius: eam propter mercedem quoque deliorum potest exigere, sed ita demun, si interfuit ejus inania esse vasa in quibus vinum fuit [veluti si locaturus ea fuisset] vel si necesse habuit alia conducere dolia. Commodius est autem conduci vasa nec reddi vinum, nisí quanti conduxcrit ab emptore reddatur, aut vendere vinum bona fide: id est quantum sine ipsius inconmodo ficri potest operam dare, ut quam minime detrimento sit ea res emptori."

L. 1, § 4. "Si doliare vinum emeris nec de tradendo eo cuicquam convenerit, id videri actum, ut ante evacuarentur quam ad vindemiam opera eorum futura sit necessaria: quod si non sint evacuata, facieudum, quod veteres putaverunt, per corben venditorem mensuram facere et effundere: veteris enim hoc propter mensuram suaserunt, si, qnanta mensura esset, non appareat, videlicet ut appareret, quatum emptori perierit."

Dig. lib. y tít. *eod*, l. 13: "Lectos emptos aedilis, cum in vía publica posit' essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo mimus traderentur, emptoris, periculum esse placet."

Dig. 33, tit. 6, l. 8: *Pomponio, lib. 6, epistularum.* "Si heres damnatus sit dare vinum, quod in doliis esset, et per legatarium stetit quo mimus accipiat, periculose heredem factorum, si id vinum effundet: sed legatarium petentem vinum ab herede doli mali exceptione placuit summoveri, si non praestet id, quod propter moram ejus damnum passus sit heres."

recho de abandonar la cosa debida se aplica á toda especie de cosas muebles, excepto las que son susceptibles de consignación, porque el abandono suple precisamente á la consignación. Sin motivo se ha querido restringirlo á las deudas de vino (1).

En el primer pasaje se ocupa Ulpiano *ex professo* y pormenorizadamente del derecho de abandono perteneciente al deudor y es de los más explícitos en favor de este derecho. Sin duda al fin del § 3, recomienda la locación de otras barricas á costa del comprador en mora, así como la venta del vino cuya entrega rehusa el comprador. Pero no admite menos como constante, al principio del § 3, que el vendedor puede derramar el vino mediante una notificación previa, y se deja tan poco impresionar por la consideración de que el vendedor puede cuidar de otra manera sus intereses, que inmediatamente después' en el § 4, establece de nuevo el principio del derecho de abandono, diciéndonos que era ya [reconocido por los antiguos jurisconsultos. El mismo principio sirve de base á nuestra segunda ley [L. 13, *eod*]. Unos carros habían sido vendidos; el comprador estaba en mora de recibirlos y el vendedor los había dejado sobre la vía pública. Encontrándolos allí un edil municipal, encargado de la policía de los caminos públicos [*Dig*. lib. 43, tít. 10, *de via pública*, l. unic.] los hizo romper. Ellos han perecido por cuenta del comprador; así lo decide Paulo. El jurisconsulto mira, pues, como valido, el abandono de tales objetos por parte del vendedor. Todo lo contrario expresa la tercera ley relativa á un legado de vino en barrica. Pomponio reputa peligroso para el heredero el abandono del vino que el legatario está en mora de recibir. No es posible entender estas palabras en el sentido de que el vendedor soporte las consecuencias del abandono, si no lo ha hecho preceder de una notificación. No, el jurisconsulto admite que el vendedor, autor del abandono, soporte pura y simplemente sus consecuencias. No se podrían aplicar los dos primeros testos á las obligaciones de buena fe, ni el tercero á las obligaciones de derecho estricto; de otra manera el derecho romano se habría mostrado más riguroso para la primera categoría de obligaciones que para la segunda; No pueden tampoco restringuirse las decisiones de Ulpiano y de Paulo á los contratos y la de Pomponio á los legados, porque ningun motivo milita en favor de esta distinción. Es preciso, pues, admitir la antinomia y dar la preferencia á la opinión de Ulpiano. Ella es, en efecto, expuesta *ex professo*, de una manera extensa y como la expresión del modo de pensar de los antiguos jurisconsultos romanos.

[1] Esta restricción es insostenible, puesto que precisamente para el vino contiene el Digesto de Justiniano leyes contradictorias [*Dig*. lib. 18, tít. 6, l. 1, §§ 3 y 4; *Id*. lib. 33, tít. 6, l. 8]; además, el derecho de abandono es consagrado para los carros [*Dig*. lib. 18, tít. 6, l. 13]. ¿Qué importa entonces que en las Basilicas, el fragmento del Digesto [lib. 18, tít. 6, l. 1, § 3] esté colocado bajo una rúbrica especial? Las Basilicas no pueden destruir la autoridad de las Pandectas. Se podría decir también que en la antigua Roma el vendedor de vino tenía el hábito de reservarse el derecho de hacer del vino lo que quisiera si no era tomado antes del 1º de Octubre que seguía á la venta [Caton, *de re rustica*, 148]; pero el *Dig*. lib. 18, tít. 6, l. 1, § 3 y 4 no funda en manera alguna el derecho de

SECCIÓN II.—DE LA INEJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Von Loehr *Theorie der Culpa*.—Hasse, *Die culpa des romischen rechts*.

§ 12.—*De las causas de inejecución de las obligaciones.*

Dos son principalmente las causas de inejecución de las obligaciones, á saber la culpa y el caso fortuito; la inejecución de la obligación ó es imputable al deudor ó no lo es. A decir verdad, el dolo no es una tercera causa; entra en la culpa. Sin embargo importa considerar separadamente el dolo, la culpa propiamente dicha y el caso fortuito.

I. Hay dolo (*dolus*), cuando el deudor falta voluntariamente á su obligación (1). Lo que caracteriza, pues, el dolo, es la voluntad deliberada del deudor de no cumplir su obligación. Desde luego el deudor ha previsto que, haciendo ú omitiendo lo que ha hecho ú omitido, iba á faltar á su obligación; si no ha previsto este resultado, evidentemente no lo ha querido. Pero no basta que lo haya previsto, sino que debe haberlo querido; puede haberlo previsto, sin haberlo querido, al menos cuando solo era una consecuencia accidental de la acción ó de la omisión, porque si era una consecuencia necesaria ú ordinaria, debe haber querido el resultado por lo mismo que ha entrado en sus previsiones. Serán, entre otros, culpables de dolo el depositario que pone fuego á la cosa depositada con objeto de destruirla y el

---

abandono de la cosa debida sobre una cláusula tacitamente sub-entendida como cosa usual y por otra parte la l. 13 *eod.* [illegible]ite el abandono para los carros. En este sentido: Muhlenbruch, II, § 357 y Mommsen, *Beitrage*, III, § 32 nota 10. *Contra:* Madai, § 64, p. 466 y 471 y Windscheid, II, § 346 y nota, 6.

[1] *Dig.* lib. 17, *mand.* l. 8, § 9 y l. 44. Arts. 1458 fr. I y 1459 del Cód. civ. del D. F. de México.

mandatario que, encargado de comprar una cosa, no la compra, para permitir á un amigo que la adquiera (1).

II. Hay culpa propiamente dicha (*culpa*) cuando no se puede reprochar al deudor sino falta de cuidado (2). El carácter distintivo de la culpa es una simple negligencia; el deudor no ha previsto la consecuencia de su hecho ó de su omisión ó si la ha previsto, no la ha querido; pero no ha aportado á la ejecución de su obligación la suma necesaria de cuidados. La antítesis de la culpa es, pues, la diligencia. A causa de una imprudencia del depositario, se incendia la cosa depositada; es una simple culpa (3). Pero la negligencia que constituye la culpa, puede ser más ó menos grave; de aquí que la culpa sea grave ó leve.

1º La culpa grave consiste en menospreciar los cuidados que el padre de familia menos diligente pone en sus negocios, *lata culpa est non intelligere quad omnes intelligunt* (4). Se toma aquí por punto de comparación á un padre de familia medianamente cuidadoso, de una diligencia inferior á la ordinaria; el deudor que no presta ni aun los cuidados de tal hombre es culpable con culpa grave. Por ejemplo un depositario deja abierta, durante la noche, la puerta de su casa y le roban la cosa depositada ó bien, un deudor pone en un caso particular menos cuidado para la ejecución de la obligación que para sus propios negocios; un incendio estalla en la casa de un depositario y éste salva sus objetos personales, dejando perecer en las llamas la cosa depositada; aunque la salvación de ésta pudiera haberse

---

[1] A la verdad, el *Dig*. lib. 17, tit. 1. 1. 8 § 10 dice que tal mandatario no comete sino una falta grave [Véase también *Dig*. lib. 16, tít. 3, l. 7]. Pero no tiene en mira sino la infamia que hería al mandatario culpable de dolo; para que se incurriera en esta infamia se exigía un dolo cometido con intención perversa ó fraudulenta; ahora bien, en el caso, el dolo cometido era con un objeto desinteresado. [Mommsen, III y I, p. 348 nota 1].

[2] *Dig*. lib. 9, tít. 2, l. 31.

[3] *Inst*. lib. 3, tít. 25, § 9; *Dig*. lib. 50, tít. 17, l. 132.

[4] *Dig*. lib. 50, tít. 16, l. l. 213 § 2 y 223.

hecho de una manera igualmente comoda (1). En estos diversos casos hay ciertamente una excesiva negligencia; pero no hay dolo, porque el deudor, si ha previsto la consecuencia de su acción ó de su inacción (el robo ó el incendio de la cosa depositada), no la ha querido; ha podido esperar que no se produjese (que la cosa depositada no le fuese robada ó que se hubiera salvado de las llamas). Es necesario, pues, mantener la distinción del dolo y de la culpa grave: cuando nuestras fuentes dicen que la culpa grave se asimila al dolo (2), esta asimilación significa solamente que todo deudor responde de la culpa grave lo mismo que del dolo (3).

2º La culpa leve (*culpa levis* ó simplemente *culpa*) consiste en menospreciar los cuidados de un buen padre de familia, es decir, de un hombre de una diligencia ordinaria (4). Pero, unas veces esta responsabilidad se aplica de una manera absoluta, y otras, admite un temperamento en el sentido de que el deudor que ha omitido los cuidados de un buen padre de familia, se excusa si ha puesto en los negocios de estos tantos cuidados como ponia habitualmente en los propios (*diligentia qualem suis rebus adhibere solet*) (5). En el primer caso, para determinar si el deudor es culpable, se toma como punto de comparación el tipo abstracto de un buen padre de familia; se examina si el deudor ha sido tan cuidadoso como este tipo. En el segundo caso se hace referencia al tipo concreto del deudor mismo; tal como es ordinariamente. De aquí las expresiones modernas de culpa leve *in abstracto* y de culpa leve *in con-*

---

[1] *Dig.* lib. 16, tít. 3, l. 32, Arts. 2556 fr. I y 2557 del *Cod. civ.* del D. F. de México.

[2] *Dig.* lib. 11, tít. 6, l. 1, § 1; *Id.* lib. 44, tít. 7, l. 1, § 5; *Dig.* lib. 50, tít. 16, l. 226; *Id.* lib. 16, tít. 3, l. 32.

[3] Mommsen, III, I, p, 354 y 556.

[4] *Dig.* lib. 9, tít. 2, l. 31.

[5] *Inst.* lib. 3, tít. 25, § 9; *Dig.* lib. 17, tít. 2, l. 72.

creto Asi la culpa leve *in concreto* constituye una culpa leve con una excusa. Esta es esencialmente establecida en interés del deudor; él no la invocará sino cuando su diligencia habitual es inferior á la de un buen padre de familia; si es habitualmente más cuidadoso, la excusa no tiene objeto. Por otra parte, el deudor obligado á la culpa leve *in concreto* responde plenamente de la culpa grave; si ha menospreciado los cuidados más ordinarios, no es admitido á sostener que tenía el habito de ser de una negligencia grosera; su excusa no le aprovecha absolutamente [1]. Además, al deudor que alega la excusa incumbe naturalmente el deber de la prueba; á él corresponde establecer su poca diligencia habitual. Por el contrario, si un deudor no responde sino de la culpa grave, al acreedor pertenece establecerla, porque ella constituye una excepción y las excepciones no se presumen [2]. Resulta de lo dicho que la culpa leve *in concreto* es distinta de la culpa grave en cuanto á la suma de cuidados omitidos y en cuanto á la prueba. A la verdad hay culpa grave cuando en un caso particular, un deudor cuida menos su obligación que sus propios negocios [3]; pero esta negligencia es mucho más grave que la del deudor que no pone en la ejecución de la obligación sus habituales cuidados [4]. Hay que guardarse también de considerar la *culpa levis in concreto* como un grado distinto de culpa, al lado de la culpa grave y de la leve ordinaria, de tal suerte que habría tres grados de culpas. Si asi fuese,

---

[1] *Dig.* lib. 24, tít. 3, l. 24, § 5.

[2] Arg. del *Dig.* lib. 22, tít. 3, l. 18, § 1; *Id.* lib. 16, tít. 3, l. 32.

[3] *Dig.* lib. 16, tít. I3. l. 32.

[4] Molitor, I, núms. 204 y 210, identifica la *culpa levis iu concreto* y la *culpa lata.* Aun vé [núm. 204] en el *rebus suis consuetam deligentiam non adhibere* el unico elemento esencial de la culpa grave; el *non intelligere quad omnes intelligunt* no sería sino secundario, de tal manera que el hecho de dejar abierta durante la noche la puerta de su casa no constituiría una culpa grave, si tal negligencia fuese habitual; Después el autor asimila también las dos nociones premencionadas al dolo.

un deudor con una diligencia superior á la de la mitad de los hombres estaría más estrechamente obligado en virtud de la falta leve *in concreto* que en virtud de la falta leve *in abstracto*. Ahora bien nuestras fuentes representan siempre la primera responsabilidad como una atenuación de la segunda, por exigir una suma menor de cuidados [1]. No hay, pues, sino dos grados de culpa, la *culpa lata* y la *culpa levis*, salvo que ésta importe á veces un temperamento.

3º Segun la teoría que ha dominado hasta el principio del siglo XIX el derecho romano habría conocido, independientemente de la culpa grave y de la leve, una culpa levísima, *culpa levissima*. Esta habría consistido en omitir los cuidados de un optimo padre de familia, *optimus pater familias*, es decir, de un hombre diligentísimo. En virtud de esta responsabilidad se habría estado obligado á los menores cuidados, á los cuidados más minuciosos. Se enseñaba que si una relación obligatoria presentaba interés para las dos partes, ambas respondían de la culpa leve; pero que en las relaciones obligatorias que eran ventajosas para una sola parte, ésta era la obligada á la culpa levísima, mientras que la parte desinteresada era responsable solamente de la culpa grave. Así el donante, el deponente y el comodante, á causa de obtener exclusivamente de la convención su utilidad, habrían estado obligados á la culpa levísima [2]. Esta división tripartita de las culpas [*culpa lata*, *culpa levis*, *culpa levissima*] había sido combatida sin exito por Doucase [3] y por un obscuro jurisconsulto frances del siglo XVIII, Lebrun [4]. Ella no fué destruida si-

---

[1] *Inst.* lib. 3, tít. 25, § 9; *Dig.* lib. 17, tít. 2, l. 72; *Id.* lib. 10, tít. 2, l. 25, § 16.

[2] Si un daño injusto habia sido causado fuera de una obligación prexistente, se sostenía que se respondía igualmente de la negligencia más leve y desde este punto de vista se invocabz el *Dig.* lib. 9, tit. 2, l. 44.

[3] *Conmentarii juris civilis* XVII, c. 6 y 7.

[4] *Ensayo sobre la prestación de las culpas en el cual se examina cuantas especies de ellas distinguen las leyes romanas*, con una disertación de Pothier.

no al principio de este siglo [XIX] por el trabajo clásico de Hasse sobre la teoría de la culpa; después no ha encontrado ya defensores. Esta doctrina es totalmente extraña al derecho romano que no conoce la culpa levísima. En teoría las leyes deben ser hechas para la masa de los hombres y ésta no se compone en manera alguna de padres de familia superiores; se sigue de aquí que exigir del deudor los cuidados de un padre de familia superior es imponerle, en la mayoría de los casos, una responsabilidad que sobrepasa sus fuerzas. En materia de contratos tal responsabilidad está en oposición abierta con la voluntad de las partes. Además es ilógico admitir que la parte que obtiene una ventaja del contrato esté obligada solamente por la culpa leve, si el cocontratante tiene un interés reciproco y que lo esté á la culpa levísima en el caso en que esta reciprocidad de interés no exista; la existencia ó ausencia de un interés recíproco para el cocontratante no debe razonablemente tener influencia alguna sobre la responsabilidad del deudor. En realidad la antigua teoría imponía al comodatario la responsabilidad de la culpa levísima; ahora bien, es cierto que él no está obligado sino por la culpa leve [1]. Un solo texto habla de *culpa levissima* [2]; pero desde el punto de vista de la ley *Aquilia* y se trata aquí de la omisión de los cuidados de un buen padre de familia; otra ley lo prueba [3]; el superlativo *levissima culpa* no tiene sino el valor de un positivo, como sucede tan frecuentemente en la literatura latina. Hay que decir otro tanto de la *exactissima diligentia* exigida del comodatario [4], puesto que en

---

[1] *Dig.* lib, 18, tit. 6, l. 3; *Id.* lib. 13, tit. 7, l. 13, § 1. Estos pasajes asimilan la responsabilidad del comodatario á la del vendedor y del acreedor prendario, que solamente están obligados á no dudarlo á la culpa leve.

[2] *Dig.* lib. 9, tit. 2, l. 44.

[3] *Dig.* lib. 9, tit. 2. l. 31. *El homo diligens* es un hombre de una diligencia ordinaria; luego, un *bonus paterfamilias*.

[4] *Dig.* lib. 44, tit. 7, l, 1, § 4.

otra parte se le impone solamente la responsabilidad de la culpa leve [1].

III. Hay caso fortuito [*casus*, *vis major*], cuando la inejecución de la obligación no es imputable al deudor, ni á su dolo ni á su culpa [2]. Esto supuesto, no puede hablarse de caso fortuito cuando el deudor falta á su obligación á consecuencia de un acontecimiento accidental en sí mismo; pero sobrevenido por su dolo ó por su culpa; este deudor es responsable de dolo ó de culpa y así, de una manera poco exacta se habla aquí de *casus dolo vel culpa determinatus* [3]. Examinemos algunas especies particulares.

1º El robo de la cosa debida es generalmente imputable al deudor, porque muy frecuentemente se previene el robo, guardando la cosa con los cuidados de un buen padre de familia [4]. El robo no constituye un suceso accidental sino cuando se verifica á pesar de los cuidados de un buen padre de familia, puestos por el deudor en la guarda de la cosa, lo que acontecerá siempre si el robo ha sido cometido con violencia [5] y se producirá á veces también con ocasión de un robo ordinario [6].

---

[1] *Dig.* lib. 18, tit. 6, l. 3; *Id.* lib. 13, tit. 7, l. 13, § 1 y nota de la pág. También esta *exactisima diligentia* es exigida del gestor de negocios [*Inst.* lib. 3, tit. 27, § 1] que, por confesión de todos, no está obligado sino por la *culpa levis* [Paulo, I, 4, § 1; *Cod.* lib. 2, tit. 18, l. 20, § 1]. En el mismo sentid el arrendatario debe conducirse como un *diligentisimus paterfamilias* [*Inst.* lib. 3, tit. 24, § 5; *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 25, § 7]. Arts. 1429-1446 y 1447 del Cód. civ, del D. F. de México.

[2] *Dig.* lib. 13, tit. 6, l. 5. § 4.

[3] *Dig.* lib. 13, tit. 6, l. 5. § 4; l. 18. Art. 1459 del Cód. civ. del D. F. de México.

[4] *Dig.* lib. 18, tit. 6, l. 15, § 1. Arts. 1429 y 1442 del Cód. civ. del D. F de México.

[5] *Dig.* lib. 19, tit. 1. l. 31; *Id.* lib. 13, tit. 6, l. 5, § 4; l. 18. Arts. 1441 y 1459 del Cód. civ. del D. F. de México.

[6] *Dig.* lib. 18, tit. 1, l. 35, § 4; *Inst.* lib. 3, tit. 23, § 3.

2º El incendio de la cosa debida es unas veces un caso fortuito, otras el resultado de la culpa del deudor. Si ha sido provocado por el fuego del cielo, será un mero accidente y podrá tener el mismo carácter en otras circunstancias [1]. Pero frecuentemente también el incendio de la cosa debida provendrá de una negligencia del deudor; habrá una culpa grave si el deudor ha salvado sus propios objetos de preferencia á la cosa debida [2].

3º Del mismo modo la muerte del animal debido es un acontecimiento que resultará, según las circunstancias, accidental ó imputable al deudor [3].

4º Debe decirse otro tanto de la fuga del animal [4]. Notemos á este próposito que si se trata de animales que no se guardan habitualmente, su fuga es por la naturaleza de las cosas un acontecimiento accidental [5].

IV. La *custodia* no constituye una responsabilidad especial. Es la aplicación de la responsabilidad general del deudor por la guarda y conservación de la cosa debida, para prevenir su desaparición, su pérdida material ó su deterioro [6]. Resulta de esto que, para conocer el grado de cuidado que exige la *custodia*, es preciso consultar la responsabilidad general del deudor; esta responsabilidad puede ser la culpa leve *in abstracto* ó *in concreto* ó bien solamente la culpa grave con dolo; es también posible que por una convención especial el deudor haya asumido los riesgos y peligros y se juzga que los ha asumido tácitamente por el solo hecho de que, estando ya obligado de pleno derecho á los cuidados de un buen padre de familia, se encarga también especialmente de la *custodia* de la cosa, salvo

---

[1] *Dig.* lib. 13, tit. 6, l. 5, § 4; l. 18; *Inst.* lib. 3, tit. 23, § 3.
[2] *Dig.* lib. 13, tit. 6, l. 5, § 4.
[3] *Dig.* lib. 13, tit. 6, l. 5, § 4; l. 18; *Inst.* lib. 3, tit. 23, § 3.
[4] *Inst.* eod. § 3.
[5] *Dig.* lib. 13, tit. 6, l. 18.
[6] *Dig.* lib, 36, tit. 4, l. 5, § 22

que se trate de robo cometido con violencia [1]. Así es como la *custodia* del vendedor y del arrendador exige los cuidados de un buen padre de familia [2]; la del socio reclama los mismos cuidados en los límites de los hábitos del socio [culpa leve *in concreto*] [3]. Si un vendedor ha asumido los riesgos de la cosa, estará obligado á la *custodia* comprendido en ella el caso fortuito [4]. Por el contrario, el depositario satisface á la *custodia*, absteniéndose de un dolo y de culpas graves [5]. Siendo esta última *custodia*, poco obligatoria, nuestras fuentes dicen comunmente que el depositario no debe la *custodia* [6]; pero esta dispensa de la *custodia* significa solamente que el depositario no está obligado á guardar la cosa con los cuidados de un buen padre de familia.

§ 13.—*Reglas generales sobre la responsabilidad del deudor.*

1º El deudor que tiene un interés en la obligación responde de la culpa leve *in abstracto;* si no tiene ningun interés no responde sino del dolo y de la culpa grave [7]. En consecuencia, cuando ambas partes obtienen ventaja de la relación obligatoria, son responsables las dos de la culpa

[1] Véase adelante en esta obra § 14, II, 1º

[2] *Dig.* lib. 18, tit. 1, l. 35, § 4; *Inst.* lib. 3, tit. 24, § 5. Arts. 1429 y 1444 del Cód. civ. del D. F. de México.

[3] *Dig.* lib. 17, tit. 2, l. 52, § 3.

[4] *Inst.* lib. 3, tit. 23, § 3. Art. 1441 del Cód. civ. del D. F. de México.

[5] *Dig.* lib. 44, tit. 7, l. 1, § 5. Art. 2557 del Cód. civil del D. F. de México.

[6] Gaius, III, 207; *Inst.* lib. 4, tit. 1, § 17. Art. 2556 fr. I del Cód. civ. del D. F. de México.

[7] *Dig.* lib. 13, tít. 6, l. 5, § 2; *Id.* lib. 30, *de leg.* I, l. 108, § 12. Arts. 2670 2672 y 2673 del Cód. civ. del D. F. de México.

leve *in abstracto* [1]. Cuando una de ellas solamente está interesada en la relación obligatoria, la misma responsabilidad le corresponde [2]; pero la parte desinteresada no responde sino del dolo y de la culpa grave [3]. Esta teoría es racional. Cuando un deudor obtiene utilidad de la obligación, es justo que ponga en su ejecución los cuidados de un buen padre de familia, que se muestre tan diligente como la generalidad de los hombres. Pero cuando un deudor no tiene ningún interés en la relación obligatoria, sería injusto hacerlo responsable de una negligencia ordinaria, él no ha querido imponerse semejante responsabilidad con ocasión de un simple servicio; no ha querido prestar sino un servicio cualquiera y su acreedor haría mal en quejarse de una culpa ordinaria. Por un motivo análogo el donante no debe ninguna garantía al donatario, ni por evicción ni por vicios ocultos; él no ha querido transferir sino cualquiera cosa [4]. Todo lo que se puede exigir de un deudor que nada aprovecha de la relación obligatoria es que se abstenga del dolo y de las culpas graves. Las reglas enunciadas se aplican por lo demás, á las obligaciones de cuerpos ciertos y á las genéricas. Pero para estas últimas es evidente que no puede hablarse de culpa en cuanto al objeto de la obligación; no pueden prestarse cuidados á un género, que no puede perecer ni por culpa del deudor ni accidentalmente. Pero es posible que el deudor caiga en culpa en cuanto al lugar y al tiempo del pago. Además, si tiene derecho á una prestación recíproca, se comprende que esté en mora de recibirla; por ejemplo, el comprador, que es deudor de un género, puede estar en mora de

---

[1] *Dig.* lib. 13, tit. 6, l. 5, § 2; *Id.* lib. 30, *de leg.* I, l. 108, § 12.
[2] *Dig.* lib. 13, tit. 6, l. 5, § 3.
[3] L. 5, § 2 cit., *Dig.* lib. 30, *de leg.* I, l. 108, § 12.
[4] Véase adelante en esta obra, § 105, I, 1º y § 107, I, 1º

recibir la cosa vendida. En fin, el deudor que es acreedor recíproco, estará á veces obligado á restituir la cosa recibida; por ejemplo el comprador deberá devolver la cosa vendida cuya redhibición ha obtenido por vicios ocultos. Desde todos estos puntos de vista el deudor genérico tiene la misma responsabilidad que el deudor de un cuerpo cierto.

2º Conforme á los principios que acabamos de indicar, las dos partes responden de la culpa leve *in abstracto* en la venta (1), en el arrendamiento (2), en el contrato enfitéutico y en la permuta. Por el contrario, el donante está obligado solamente á la culpa grave y al dolo (3), mientras que el donatario lo está á la culpa leve ordinaria. Del mismo modo el deponente responde de toda culpa; el depositario solo de la culpa grave (4). En cuanto á la persona encargada de un legado, está obligada á la culpa leve y á la grave, según que, entregado el legado, ella obtenga ó no una ventaja al testamento (5). En el contrato de prenda, la responsabilidad del acreedor prendario se extiende evidentemente á la culpa leve. En lo que concierne al que constituye la prenda, es necesario ver si es el deudor ó un tercero. El deudor responde de toda culpa, porque el contrato de prenda es lo que determina al acreedor á contratar la obligación principal, á prestar, por ejemplo, ó al menos á conceder al deudor condiciones más ventajosas, un plazo

---

(1) *Dig.* lib. 13, tít. 6, l. 5, § 2. Arts. 1421-1432-2820-2821-2824-2950-2960 y 2975 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) Ibidem.

(3) *Dig.* lib. 39, tít. 5, l. 18, § 3. Arts. 1460 y 2622 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(4) *Dig.* lib. 13, tit. 6, l. 5, § 2; *Inst.* lib. 3, tit. 14, § 3.

(5) *Dig.* lib. 30, *de leg.* I, l. 108, § 12; l. 47, § 5. Arts. 3420 á 3425-3429 y 3430 del Cód. Civ. del D. F. de México.

más largo, una tasa más moderada de intereses, etc.; el deudor obtiene, pues, un beneficio de la constitución de la prenda (1). No puede decirse otro tanto del que constituye prenda por deuda de otro; así no responde sino de la culpa grave (2). En fin, en el comodato, el comodante no está generalmente obligado sino á la culpa grave; siendo el contrato esencialmente gratuito, el comodante no tiene derecho á ninguna remuneración y frecuentemente no obtiene ninguna ventaja; solo el comodatario debe los cuidados de un buen padre de familia (3). Pero sucede que el préstamo de uso es ventajoso para ambos contratantes; presto mi caballo á un aficionado á montar para que lo adiestre; presto mi vajilla á un amigo para ayudarle á recibir en su casa á persona de nuestra comun amistad; entonces los contratantes aparecen como coasociados y á la manera de estos, responden de la culpa leve *in concreto* (4). A veces también el comodante es el único interesado; tal sucede, cuando yo presto mi caballo á un amigo para que lo adiestre, lo que acepta hacer por mera complacencia respecto de mí (5); aquí, por una inversión de la responsabilidad normal en el comodato, el comodante es responsable de toda culpa y el comodatario solo de la culpa grave (6).

---

(1) *Dig.* lib. 13, tit. 6, l. 5, ¿ 2; *Inst.* lib. 3, tit. 14, ¿ 4. Arts. 1781-1783-1792-1793-1794-1800-1802 y 1806 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) Arts. 1775-1783-1785 y 1786 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(3) Arts. 2668-2670 á 2683 del Cód. Civ. del D. F. de México. *Inst.* lib. 3, tit. 14, ¿ 2; *Dig.* lib. 13, tit. 6, l. 18.

(4) *Dig.* lib. 13, tit. 6, l. 18.

(5) O bien, dice el *Dig.* lib. 13, tit. 6, l. 5, ¿ 10, alguno presta ornamentos á su prometida ó á su esposa, no en interés de ella sino exclusivamente en el suyo "*quo honestius culta ad se deduceretur.*"

(6) *Dig.* lib. 13, tit. 6, l. 5, ¿ 10.

§ 14. *Modificaciones de la responsabilidad ordinaria del deudor.*

I. Las reglas expuestas en el párrafo precedente admiten varias excepciones:

1º Según el derecho común, el gestor de negocios, el mandatario, el tutor y el curador no deberían responder sino de la culpa grave, porque su gestión es gratuita. Pero no es así; el mandatario responde de toda culpa. ¿Por qué? Se puede decir que la gestión de los negocios de otro es de una importancia capital; supone una confianza ilimitada; cuando se confía á alguien el cuidado de un negocio, se cuenta con toda su diligencia, con toda la prudencia de un buen padre de familia (1). El gestor de negocios tiene la misma responsabilidad, por un motivo análogo (2); sin embargo si él ha intervenido únicamente para evitar una pérdida al dueño, por ejemplo, si ha reparado una casa que amenazaba ruina, su responsabilidad se reduce á la culpa grave; es una disposición de equidad (3). En cuanto al tutor y al curador, responden de la culpa leve *in concreto;* la tutela y la curatela son, en efecto, en un grado eminente, cargos de confianza; si hay más indulgencia

---

(1) *Dig.* lib. 50, tit. 17, l. 23; *Cod.* lib. 4, tit. 35, l. l. 11 y 13. Art. 2360 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) *Dig.* lib. 50, tit. 17, l. 23; Paulo, I, 4, § 1: *Cod.* lib. 2, tit. 18, l. 20, § 1; *Inst.* lib. 3, tit. 27, § 1. Art. 2418 del Código Civil del Distrito Federal de México.

(3) *Dig.* lib. 3, tit. 5, l, 3, § 9. Arts. 2416 y 2420 del Cód. Civ. del D. F. de México. Si el gestor emprende operaciones atrevidas á las cuales el dueño no se entregaba, soporta sus riesgos [*Dig. eod.* l. 10]. Pero en el caso hay culpa; es un *casus culpa determinatus.*

para ellos que para el mandatario, es porque las funciones de tutor y de curador son obligatorias (1).

2º Los socios deberían ser responsables de toda culpa, del mismo modo que el marido en la administración de la dote, de la contra-dote (*donatio propter nuptias*) y de los bienes parafernales de la mujer, así como los comunistas entre quienes una cosa es comun fuera del caso de contrato de sociedad (comunidad accidental); á esta última categoría pertenecen los coherederos. Todos estos deudores obtienen una utilidad de la obligación. Sin embargo, no son responsables sino de la culpa leve *in concreto* (2). En cuanto á los socios el motivo principal de esta responsabilidad excepcional es que la sociedad resulta de una naturaleza tal que todos sus miembros están personalmente interesados en una buena gestión; si pues uno de ellos se muestra tan cuidadoso como lo es habitalmente en sus propios negocios, sin levantarse precisamente hasta los cuidados de un buen padre de familia, hay que suponer que es incapaz de prestar esos cuidados; exigirlos de él, sería imponerle una carga superior á sus fuerzas, lo que sería injusto, tanto más cuanto que, según el punto de vista romano, reina entre socios una especie de fraternidad (3). Se puede también decir que si un socio es de una diligencia inferior á la de la parte media de los hombres, el contrato de sociedad ha debido atender á esta circunstancia al tiempo de la fijación de las partes sociales; sus consocios son, pues, indemnizados de antemano por su mediana diligencia. Nues-

---

[1] *Dig.* lib. 50, tit. 17, l. 23; *Id.* lib. 27, tit. 3, l. 1. Art. 411 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) *Inst.* lib. 3, tit. 25, § 9; *Dig.* lib. 17, tit. 2, l. 72; *Id.* lib. 23, tit, 3, l. 17; Arg. *Cod.* lib. 5, tit. 3, l. 20, § 2; *Id.* lib. 5, tit. 14, l. 11, § 4; *Dig.* lib. 10, tit. 2, l. 25 § 16. Arts. 2267-2268-2270 y 2274 del Código Civil del Distrito Federal de México.

(3) *Dig.* lib. 17, tit. 2, l. 63.

tras fuentes invocan esta consideración: que aquel que ha tomado como socio un hombre poco cuidadoso, debe imputarse á sí mismo no haber hecho mejor elección (1); el motivo prueba demasiado; se habría invocado en todos los contratos para abatir la responsabilidad del deudor hasta la culpa leve *in concreto* (2). En lo que concierne al marido y á los comunistas accidentales, ellos también están interesados en una buena administración; si administran medianamiente bien, es que no pueden obrar mejor, y desde entonces sería pedirles lo imposible someterlos de una manera absoluta á los cuidados de un buen padre de familia.

3º En fin, el precarista, es decir, aquel que ha obtenido el uso de una cosa á título precario, es responsable solamente de la culpa grave, aunque obtenga una ventaja exclusiva del contrato (3). La razón es que, durante siglos, el precario no constituyó un contrato en Roma; era un simple estado de hecho; el precarista no estaba civilmente obligado á restituir; se comprende que, en este sistema, el precarista no fuese responsable de una culpa ordinaria (4). Bajo el Imperio, el precario se hizo un contrato que obligaba civilmente al precarista pero, á consecuencia de un recuerdo histórico, la relación obligatoria á que da nacimiento, se ha debilitado mucho; el precarista no es sometido á las reglas rigurosas del Derecho, principalmente desde el punto de vista de la prestación de culpas (5).

Se cita también otra excepción. En el caso del contra-

---

(1) *Inst.* lib. 3. tit. 25, § 9; *Dig.* lib. 17, tit. 2, l. 72.

(2) LasInstitutas de Justiniano [lib. 3, tit. 14, § 3] emplean el mismo argumento para justificar la responsabilidad del depositario, que no es responsable sinó de la culpa grave.

(3) *Dig.* lib. 50, tit. 17, l· 23; *Id.* lib. 43, tit. 26, l. 8, § 3.

(4) Véase adelante, en esta obra, § 81.

(5) *Dig.* lib. 43, tit. 26, l. 8, § 3. Véase adelante en esta obra § 152.

to verbal de estipulación, el deudor sería solamente responsable de la culpa consistente en un acto positivo, de la *culpa in faciendo* y no de la culpa por omisión, de la *culpa in non faciendo*; el hecho de dejar morir al animal prometido ó de dejarlo sucumbir á una enfermedad no sería imputable al deudor por estipulación. Se pretende apoyar esto sobre una decisión de Paulo (1). Nosotros rechazamos este sistema. La distinción que se establece es completamente insostenible en teoría, y muchos textos admiten de una manera general, que aquel que ha prometido una cosa por estipulación es responsable de su culpa (2). En cuanto á la decisión de Paulo, puede explicarse por la concepción de la fórmula de la *actio ex stipulatu* en la época clásica (3); ella debe ser considerada como desprovista de valor práctico en el nuevo Derecho Romano (4). Conforme al principio general sobre la prestación de culpas, el deudor en virtud de una estipulación, responde de la culpa leve *in abstracto* ó solamente de la culpa grave, según que ob-

---

(1) *Dig*. lib. 45, tit. 1, l. 91. Arts. 1429 y sigts. del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) *Dig*. lib. 45, tit. 1, l. 51. *Id. eod*. l. 37; *Id*. lib. 46, tit. 3, l. 107, Por lo demás Paulo mismo, en la ley 91 citada, admite la plena responsabilidad del deudor *ex stipulatu*, si ha sido constituido en mora; ahora bien, la mora no es otra cosa que una culpa *in non faciendo*.

(3) En este sentido Bethmann-Hollweg, *Anhang* IV, *al tratado de Hasse* p. 559, nota 1. No consta bien que la opinión de Paulo fuese universalmente aceptada por sus contemporáneos; la misma ley 91 citada tiende á probar lo contrario.

(4) Véase en este sentido Bethmann-Hollweg, *Anhang al tratado de Hasse* p. 559, nota 1, y Mainz II, § 246 y nota 19. *Contra* Hasse § 34 y Windscheid, II, § 265, nota 13, Hasse, § 35 al principio y 96, 6º extiende aún el sistema de la ley 91 citada á todas las obligaciones que tienen por objeto una dación y á las que son de derecho estricto. Esta extensión es absolutamente imposible. La decisión de Paulo es de las más anormales y por tanto no admite extensión analógica, importando poco que el jurisconsulto funde su desición relativa á la estipulación sobre que "*qui dari promissit, ad dandum, non facicadum tenetur*"; y sobre todo, en la especie, no podría justificar la extensión analógica de una disposición excepcional [Maynz, II, § 174, III].

tenga ó no alguna ventaja de la relación obligatoria que ha sido revestida de la forma de la estipulación. Si esta relación obligatoria implica una responsabilidad excepcional, esta responsabilidad será también exigida en la estipulación. Es así como el donante que ha prometido por estipulación, no es responsable sino de la culpa grave (1), y el marido que ha prometido por estipulación restituir la dote, responde solamente de la culpa leve *in concreto* (2).

II. Además la responsabilidad del deudor, tal como resulta de las diferentes reglas antes mencionadas, puede ser modificada por convenciones especiales (3). Queda á elección de las partes extender ó restringuir la responsabilidad ordinaria (4); el vendedor por ejemplo puede asumir los riesgos y peligros de la cosa vendida ó bien, en sentido contrario, estipular que no responderá sino de su dolo; el depositario puede obligarse á responder de su culpa leve y

---

(1) *Arg. Dig.* lib. 39, tit. 5, l. 18, § 3.

(2) *Arg. Dig.* 23, tit. 3, l. 17. En este sentido Maynz, II, § 173, Observación 2, nº 2. *Contra* Bethmann-Hollweg, *ob. cit.* pág. 557-563 según quien, el deudor *ex estipulatu*, responde siempre de la *culpa levis*. Maynz. II, § 173, Observ- 2, nº 2, enseña que, en la época clásica, las reglas sobre la prestación de culpas no eran en general aplicadas á la estipulación; no debieron serlo de una manera plena y entera, sino después de la desaparicion del procedimiento formulario. No nos parece muy posible que durante siglos se haya admitido en Roma que el deudor *ex stipulatu* no fuese responsable de su culpa. La naturaleza de la *condictio certi* no se oponía á esto, puesto que Maynz, II, § 173, notas 39 y 40, reconoce que, ya en tiempo de los jurisconsultos clásicos, se tomaba en cuenta la culpa del deudor en la *condictio certi ex testamento* [*Dig.* lib. 30, *de leg.* I, l. 108, § 11, y que, de una manera general, en las *condictiones certi*, se atendía á la pérdida accidental de la cosa, acaecida después de la mora del deudor; luego por su culpa [*Dig.* lib. 12, tit. I, l. 5]. Ningún texto confirma, por lo demás, en cuanto al período clásico, la irresponsabilidad del deudor *ex stipulatu*. Varias leyes están concebidas en sentido opuesto [*Dig.* lib. 45, tit. 1, l. l. 37 y 151; *Id.* lib. 46, tit. 3, l. 107]. Pensamos con Bethmann Hollweg. *ob. cit.* págs. 553-579 y sobre todo, 557 y 573, que la prestación de culpas fué admitida inmediatamente para la estipulación, como lo fué, en principio al menos, para las demás relaciones obligatorias.

(3) *Dig.* lib. 50, tit. 17, l. 23; *Id.* lib. 13, tit. 6, l. 5, § 2.

(4) *Dig.* lib. 50, tit. 17, l. 23.

aun del caso fortuito (1). Estas convenciones se efectuan frecuentemente de una manera tácita y principalmente en los casos siguientes:

1º Cuando el deudor se encarga especialmente de la guarda (*custodia*) de la cosa debida, su responsabilidad se eleva un grado; de la culpa leve al caso fortuito ó de la culpa grave á la culpa leve. Es el único medio de hacer producir efecto á la convención de las partes; si no se admitiera esta interpretación de la cláusula relativa á la *custodia*, sería completamente inútil. En consecuencia el vendedor que asume la guarda de la cosa, soportará los riesgos y peligros (2) y el depositario que se obliga á guardar la cosa depositada será responsable de la culpa leve (3). Sin embargo, el deudor que responde de pleno derecho de la culpa leve y que se encarga además de la guarda de la cosa, no soportará el robo con violencia, porque la cláusula relativa á la *custodia* produce ya suficientemente efecto bajo otros respectos y por tanto no habría lugar á extenderla á la violencia (4). Se siguen las mismas reglas cuando el deudor se ofrece espontáneamente á la obligación; él se compromete virtualmente por esto á guardar la cosa debida. Yo me ofrezco para vender una piedra preciosa que os pertenece; soportaré el riesgo de la cosa, mientras que, si no me hubiera ofrecido, yo no habria sido responsable si-

---

(1) *Dig.* lib. 16, tit. 3, l. 1, § 6; *Id.* lib. 13, tit. 6, l. 5, § 2. Arts. 1276 y 1419 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) *Inst.* lib. 3, tit. 23, § 3 *initio*. Arts. 1430 y 2824 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(3) *Arg. Dig.* lib 16, tit. 3, l. 1, § 35. Art. 2557 del Cód. Civ. del D. F. de México

(4) *Arg. Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 31. En este pasaje Neratio se funda sobre el motivo de que la guarda no puede gran cosa contra la violencia. Esta razón no es concluyente; se podría decir también de una manera general; *adversus casum custodia parum proficit*, lo que probaría contra la regla misma que obliga al vendedor á soportar los riesgos y peligros, cuando ha asumido la guarda de la cosa vendida. Art. 2557 del Cód. Civ. del D. F. de México.

no de la culpa leve (1); pero la violencia será por cuenta del dueño (2). Así también el depositario que se presenta al deponente á efecto de recibir el depósito, responderá de la culpa leve (3).

2º En principio, el deudor que debe restituir una cosa recibida, previa estimación, no se obliga por esto á soportar su riesgo; la estimación puede tener otros objetos que el de imponer al deudor el *periculum* de la cosa debida (4). Para que tenga este último objeto, es preciso que resulte de las circunstancias que la intención de las partes fué obligarse el deudor á restituir de una manera absoluta un valor igual á la estimación, en especie ó en dinero (5). Y será preciso evidentemente detenerse en esta interpretación si es imposible atribuir otro sentido á la estimación. Supongamos que el arrendador de un fundo haya entregado, previa estimación, á su arrendatario los objetos necesarios para la explotación del fundo (*instrumentum fundi*); aun-

---

(1) *Dig.* lib. 19, tit. 5, l. 17, § 1. Arts. 1442 y sigts. del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) *Arg. Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 31. Art. 1444 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(3) *Dig.* lib. 16, tit. 3, l. 1, § 35.

(4) Ella puede implicar la venta de la cosa por el monto de la estimación y entonces la deuda no recae ya sobre la cosa estimada sino sobre la estimación que es debida como precio de venta [*Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 3; *Cód.* lib. 5, tit. 12, l. 1, § 1. Arts. 1429-1467-1469 y 1471 del Cód. Civ. del D. F. de México.] Ella puede tener por objeto fijar el monto de los daños y perjuicios que debe pagar el deudor, en el caso de culpa [*Cód. eod.* l. 21]. Puede también tener por objeto determinar el valor de una aportación social desde el punto de vista de la partición de la utilidad ó de la pérdida y en cuanto á los daños y perjuicios que podrían ser debidos [*Dig.* lib. 17, tit. 2, l. 52, § 3]. Sin duda en el primer caso el deudor debe soportar el *periculum* de la cosa estimada [*Cód.* lib. 5, tit. 12, l. 10]; pero será como comprador ó propietario y de ninguna manera como deudor; lo es de una suma de dinero y no de una cosa estimada.

(5) *Dig.* lib. 13, tit. 6, l. 5, § 1. En el caso de este pasaje el comodatario había recibido la cosa previa estimación, y se había obligado á pagar ésta [*aestimationem se praestaturum recepit*]. Ulpiano decide que él debe soportar el *periculum*. Art. 2674 del Cód. Civ. del D. F. de México.

que entonces no habría venta de los objetos estimados (1), el arrendatario debe soportar las diminuciones accidentales de valor, como aprovecha de los aumentos (2).

Una sola convención es prohibida en esta materia; no es permitido estipular que no se responderá del dolo (*pactum ne dolus praestetur*); tal estipulación es inmoral, porque favorece el dolo (3). Pero el acreedor puede renunciar á los daños y perjuicios que le son debidos en razón de un dolo ya cometido; no hay entonces sino una simple renuncia á un derecho adquirido y no una excitación al dolo (4).

¿Puede el deudor estipular validamente que no será responsable de la culpa grave, siéndolo solo de su dolo? La cuestión se presensa entre otros para el depositario, y ella debe ser resuelta afirmativamente. En efecto, no constituyendo la culpa grave sino una negligencia y no un dolo, no vemos motivo para no reconocer dicha convención. Y no se objete que la culpa grave se asimila al dolo, porque esta asimilación no tiene por objeto identificar nociones distintas sino que solo significa que, por la naturalaza de la obligación, todo deudor responde de la culpa grave, lo mismo que del dolo (5).

---

(1) *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 3.

(2) *Dig. cod.* l. 34 § 2. Véase después en esta obra § 132. 1º Sobre los efectos de la estimación Maynz, II, § 173 y nota 25.

(3) *Dig.* lib. 50, tit. 17, l. 23; *Id.* lib. 2, tit. 14, l. 27, § 4; *Id.* lib. 13, tit. 6, l. 17; *Id.* lib. 16, tit. 3, l. 1, § 7 y 10. Arts. 1460 y 14[illegible] del Cód. Civ. del D. F. de México.

(4) *Dig.* lib. 2, tit. 14, l. 27; *Cód.* lib. 2, tit. 4, l. 34.

(5) Véase antes § 12, II, 1º Por esta distinción entre el dolo y la culpa grave nos damos facilmente cuenta de dos pasajes de las Pandectas, que han sido objeto de explicaciones de toda especie: *Dig.* lib. 2, tit. 14, l. 7, § 15, é *Id. eod.* l. 27 § 3. El *pactum ne depositi agat* implica que no se responderá ni del dolo ni de la culpa grave; bajo el primer respecto es nulo; bajo el segundo, es válido. Es verdad que introducimos en dichas leyes una distinción que no está indicada; pero es el único medio de eliminar, ya una antinomia con otras leyes que condenan positivamente el *pactum ne dolus praestetur*, ya una excepción injustificable

§ 15. *De la prueba.*

En general, el deudor está obligado á establecer que la inejecución de la obligación no le es imputable, porque, sosteniendo que ha aportado á su obligación la suma de cuidados necesaria, se pretende libre de toda responsabilidad; él opone una excepción y el demandado debe probar sus excepciones (1). Principalmente el vendedor que sostiene que la cosa vendida ha perecido accidentalmente, está obligado á establecer el caso fortuito. Del mismo modo el socio debe justificar el accidente que invoca, ó al menos establecer que habitualmente no era más diligente en sus propios negocios. Cesa esta regla cuando el deudor no es responsable sino del dolo y de la culpa grave ó del dolo solamente, porque entonces el acreedor soporta la carga de la prueba. En efecto, el dolo y la culpa grave son excepciones y por tanto no podrían presumirse (2). En el caso de un depósito, es, pues, al deponente á quien corresponde establecer el dolo y la culpa grave del depositario (3).

§ 16. *Efectos de la inejecución culpable de la obligación.*

I. *Principios fundamentales* A. Cuando la obligación

---

para el caso de depósito. Hemos seguido aquí la opinión de Hasse nuestro eminente predecesor en la cátedra de Pandectas de la Universidad de Gante [Hasse, *cit.* § 60, nota 1 y Maynz, II, § 173, nota 22]. Según Hasse § 60 no se permitiría al deudor estipular que no será responsable de la culpa grave.

(1) Cód. lib. 4, tit. 24, l. 5. Arts. 354 á 356 del Cód. de Proced. Civ. del D. F. de México.

(2) *Dig.* lib. 22, tit. 3, l. 18, § 1 y arg. *Dig.* lib. 16, tit. 3, l. 32. *Contra:* Art. 1442; Arts. 1431-1439 del Cód. Civ; 326-333-335 del Cód. Penal del D. F. de México.

(3) Hasse, § 57. Molitor, I, núm. 312—Maynz II, § 173 *Contra:* Art. 2565 del Cód. Civ. del D. F. de México.

no es ejecutada por una circunstancia imputable al deudor, es necesario, en lo tocante á los efectos de esta inejecución, establecer el principio general de que el deudor debe reparar todo el daño que la inejecución de la obligación ha causado al acreedor (1). Los daños y perjuicios representan la diminución del patrimonio del acreedor á causa de la inejecución de la obligación; constituyen el déficit del patrimonio del acreedor á consecuencia de tal inejecución. Los Romanos expresaban esta idea de una manera muy clara por medio de las palabras *id quod interest* ó *quanti mea interest* (2). Empleaban también los términos *quanti ea res est* ó *utilitas* (3). Sin embargo, la expresión *quanti ea res est* sirve con frecuencia para designar exclusivamente el valor de la cosa debida (4). Así la obligación de reparar el daño causado por la inejecución de la obligación es absolutamente general:

1º No ha lugar á distinguir entre un daño directo y un daño indirecto, es decir, entre el perjuicio que resulta inmediatamente de la inejecución de la obligación y el que no es sino una consecuencia mediata. No solamente esta distinción no es precisa y por tanto inaplicable en la práctica sino que es arbitraria; no existe, en efecto, motivo alguno para restringir la responsabilidad del deudor por el daño directo y excluirla en cuanto al daño indirecto, cuando este ha sido causado realmente por la inejecución de la obligación. No es más racional tener en cuenta el daño indirecto cuando el deudor ha sido de mala fe y menospreciarlo en el caso de buena fe del deudor. La distinción en-

---

(1) *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 1. Arts. 1421-1423-1429 y 1459 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 4; *Cód.* lib. 4, tit. 49, l. l. 4-10 y 12; *Id.* lib. 7, tit. 47, l. unic. y § 1.

(3) *Dig.* lib. 39, tit. 2, l. 4, § 7; *Id.* lib. 43, tit. 4, l. 1, § 5.

(4) *Dig.* lib. 50, tit. 16, l. 193; *Id.* lib. 2, tit. 3, l. unic, § 4.

tre el dolo y la culpa del deudor sirve hasta cierto punto para determinar si el deudor es ó no responsable de la inejecución de la obligación, segun las reglas antes expuestas sobre la prestación de culpas; pero desde el momento que en virtud de tales reglas se reconoce que el deudor es responsable de la inejecución de la obligación, debe reparar todo el perjuicio que de ella ha resultado para el acreedor, aunque ese perjuicio fuese solamente indirecto y á pesar de su buena fe (1). Tal es la doctrina romana (2).

2º Es también indiferente que el daño causado por la inejecución de la obligación sea intrínseco, relativo á la misma cosa debida (*circa rem*), ó extrínseco, relativo á otros bienes del acreedor (*extra rem*). Esta distinción es no menos irracional que la precedente, y nuestras fuentes no atienden para nada á ella. [3]

---

(1) Sin duda es posible que el deudor no sea responsable de ese perjuicio, porque ni lo ha previsto ni debido prever; pero entonces la irresponsabilidad reconoce por causa esta última razón [Véase adelante núm. II de este párrafo].

[2] *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 19, § 1 *initio; Id.* lib. 13, tit. 4. l. 2, § 8. Estas leyes no dejan duda sobre la responsabilidad del deudor de buena ó de mala fe en cuanto al daño indirecto. El locatario de barriles pone en ellos vino y éste se derrama, porque aquellos están defectuosos. He aquí ciertamente un daño indirecto y sin embargo la primera ley no vacila en ponerlo á cargo del arrendador de buena fe. La segunda ley se ocupa de la accióu arbitraria *de eo quid certo loco dari oportet* por la cual si se había estipulado pagar una deuda de derecho estricto en determinado lugar, era posible demandar al deudor en su dom.cilio [Véase antes § 7, III, 2º]. El acreedor que no ha sido pagado en el día convenido, incurre él mismo en una pena frente al acreedor á quien no ha podido pagar ó bien ha visto vender sus bienes á vil precio. Otras tantas especies de daño indirecto. Y sin embargo el deudor está obligado á indemnizar al acreedor. El *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 13 § 1 y lib. 19, tit. 2, l. 19 § 1, no encierra una contradicción. Estos textos restringen ó excluyen, en casos particulrres, la responsabilidad del deudor de buena fe. Pero el motivo de sus deciciones es que el deudor, en razón de su buena fe, no había ni previsto ni debido prever el daño [Véanse después las dos primeras notas del núm. II de este párrafo. Sobre esta cuestión: Mommsen, II, § 15, págs. 143 y 145 y § 24 y 26, págs. 265 y 297 y Vangerow, III. § 57, 1. *Anm.* 3, núm. 4. Arts. 1459 y 1466 del Cód, Civ. del D. F. de México.

[3] *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 19 § 1 *initio; Id.* lib. 13, tit. 4, l. 2, § 8. *Non obstat Dig.* lib. 19. tit. 1, l. 21, § 3. La *utilitas quae circa ipsam rem consistit*, de

3º El deudor debe reparar no solamente el daño positivo, que consiste en una diminución real del patrimonio del acreedor, sino también el daño negativo ó sea la privación de una ganancia que el acreedor tenía derecho de esperar. Los antiguos comentadores del derecho romano han designado estos dos daños por las expresiones *damnum emergens* y *lucrum cessans*. Supongamos que un comerciante compra mercancías á efecto de revenderlas; ellas no le son entregadas. Si lo hubieran sido, habría podido revenderlas y realizar una utilidad. El vendedor le debe cuenta de la ganancia de que lo ha privado por la inejecución de la obligación (1).

En fin, 4º El daño resultante de la inejecución de la obligación está sujeto á reparación, aun cuando después se produzca otro acontecimiento que hubiera causado la pérdida de que se trata, si ella no lo hubiera sido por la inejecución de la obligación. En efecto, en el momento de esta inejecución el acreedor tenía un derecho adquirido á los daños y perjuicios y este derecho adquirido no puede serle arrebatado por una circunstancia subsecuente (2). Así el deudor daña la cosa debida; más tarde ésta perece por otra causa; el deudor queda obligado por el deterioro (3). En particular, si el deudor de un animal lo hiere, mortalmente ó no, será responsable de esta herida, aunque el animal haya sido posteriormente muerto por un tercero (4).

---

que habla Paulo en éste pasaje, designa el daño cuya verdadera causa está en la inejecución de la obligación. Art. 1459 del Código Civil del Distrito Federal de México.

(1) *Dig*. lib. 13, tit. 4, l. 2, § 8. Véase antes pág. 82 nota 2; *Dig*. lib. 19, tit. 1, l. 21, § 3. Se supone que la ganancia era verosimil, porque si no lo era, no puede decirse que la inejecución de la obligación haya causado un perjuicio real al acreedor. Arts. 1464-1465 y 1466 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) *Dig*. lib. 44, tit. 24, l. 7, § 4. Mommsen II, § 16, págs. 146 y 156. Vangerow, III, § 571, *Anm* 3, núm. 2 y Windscheid, II, § 258, nota 15. Art. 1466 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(3) Arg. *Dig*. lib. 43, tit. 24, l. 7, § 4.

(4) *Arg. Dig*. lib. 9, tit. 2, l. 11, § 3. *Non obstat*. Dig. lib. 6t, it. 1, l. 27,

Pero, por general que sea la obligación de reparar el daño producido por la inejecución de la obligación, es necesario:

1º Que el acreedor haya sufrido realmente un perjuicio. Según esto, no tendrá derecho á daños y perjuicios por causa de la privación de una ganancia, sino cuando esta ganancia era, si no cierta, al menos verosímil en el orden natural de las cosas; no se atiende á utilidades hipotéticas, porque éstas, en virtud de su misma naturaleza, no podrían ser probadas y por tanto, se las debe considerar en derecho como inexistentes. Si, pues, alguno ha vendido redes de pescar, la falta de entrega de ellas no da lugar á ninguna indemnización por el pescado que hubiera podido ser cogido mediante las redes (1). Por otra parte, si alguno se ha encargado de trasportar mercancías por el buque A y las ha colocado en el buque B, y los dos perecen, no debe nada al acreedor. En efecto, poniendo las mercancías en el buque B, contra lo estipulado en el contrato, no ha causado ninguna pérdida al acreedor, porque las mercancías hubieran perecido igualmente en el buque A (2).

2º Lo que importa sobre todo hacer notar es que el daño sufrido por el acreedor debe haber sido causado verdaderamente por la inejecución de la obligación; debe haber

---

§ 2. Este texto libra al demandado de la acción revindicatoria cuando ha dañado al esclavo revindicado y éste muere más tarde en virtud de otra causa no imputable al demandado. No se está sometido á la revindicación sino en razón de la posesión. Si ésta cesa sin culpa del demandado, la revindicación no tiene ya objeto y el demandado debe ser absuelto. Por esto el jurisconsulto reserva al propietario del esclavo la acción de la ley *Aquilia* contra el autor del daño. [*Contra*. Mommsen, II, § 16, pág. 149 nota 5 y 154 nota 15. Art. 4 del Cód. de Proced. Civ. del D. F. de México.

(1) *Arg. Dig.* lib. 9, tit. 2, l. 29, § 3. En la especie de este pasaje, un barco había sido arrojado, por culpa de los marineros, sobre las redes de pesca y éstas habían sido dañadas. Arts 1466 del Cód. Civ. y 305 y 306 del Penal del D. F. de México.

(2) *Dig.* lib. 14, tit. 2, l. 10, § 1; *Id.* lib. 43, tit. 24, l. 7, § 4. Art. 1459 del Cód. Civ. del D. F. de México.

entre uno y otro hecho, una relación de *causalidad*. Si en definitiva el perjuicio tiene otra causa que la inejecución de la obligación, el deudor no está obligado á repararlo. El deudor de un animal lo hiere ligeramente; el animal no perece menos en poder del acreedor á consecuencia de la incapacidad del veterinario llamado á curarlo; el deudor no es responsable sino de la herida (1). El deudor no está obligado á reparar la pérdida resultante de otra causa que la inejecución de la obligación, aun cuando esta inejecución, si hubiera podido desarrollar todos sus efectos, hubiera producido todo el daño de que se trata, porque en realidad no es ella la que lo ha producido. Un usufructuario descuida reparar la casa usufructuada, de tal manera que, por su negligencia, ella hubiera acabado necesariamente por destruirse; pero antes de que se destruya, un rayo la echa abajo. El usufructuario no es responsable (2). Del mismo modo, el deudor de un animal lo hiere mortalmente por su culpa; la muerte debía seguirse; pero antes de que sobrevenga, el animal es muerto por un rayo ó por un tercero. El deudor no será responsable sino de la herida y no de la muerte; será aplicable el tercer capítulo de la ley Aquilia [3]. Una aplicación importante del principio según el

---

(1) *Arg. Dig.* lib. 9, tit. 2, l. 52. Arts. 1466 del Cód. Civ; 520, 545 y 546, como dictados por el mismo criterio, del Cód. Penal del D. F. de México.

[2] *Arg. Dig.* lib. 25, tit. 1, l. 4. Resulta de esta ley que el usufructuario no está obligado ni aún por haber deteriorado la casa usufructada. La cuestión de si el usufructuario ha hecho las reparaciones necesarias y si por causa de esa falta de reparaciones la casa se ha deteriorado, debe ser apreciada por la naturaleza de las cosas al tratarse del usufructo. *Non obstat Dig.* lib. 7, tit. 9, l. 1, § 5, que debe ser aplicado á un acto de mala administración diverso de la falta de reparaciones.

[3] *Arg. Dig.* lib. 9, tit. 2, l. 11, § 3, y 15, § 1. *Id. eod.* ll. 13 y 15, § 1, 16, *Contra:* l. 51. La l. 11, § 3 y la 15, § 1, hablan de un esclavo mortalmente herido por culpa de un tercero y que perece más tarde á consecuencia de un acontecimiento accidental ó por culpa de otra persona. El dueño no puede obrar contra el primer tercero sino *de vulnerato servo* en virtud del capítulo 3º de la ley Aquilia. Las leyes 13-15 § 1 y 16, se ocupan de algunas dificultades relativas al esclavo mortalmente herido por culpa de un tercero. Si el esclavo muere de la herida,

cual el deudor no debe reparar el daño que tenga otra causa que la inejecución de la obligación, se refiere al caso en que el daño es el resultado de la culpa del acreedor [1]. Uno compra pasturas para sus animales; las pasturas no son entregadas y los animales mueren de hambre. El vendedor no es responsable, de este daño. En efecto, la verdadera causa de la muerte de los animales no es la falta de entrega de las pasturas vendidas, sino la culpa del comprador que habría podido procurarse otras pasturas y ha descuidado hacerlo [2]. O bien, siendo el comprador de la cosa de otro perseguido por la acción revindicatoria, omite hacer valer contra ella los gastos que ha erogado por la cosa revindicada. No está autorizado á reclamarlos después

---

el dueño obrará *de occiso servo*, con fundamento del capítulo 1º de ley Aquilia, aún cuando el esclavo no hubiera venido á morir sino después de su manumisión ó enajenación [l. 15, § 1]. Si el dueño ha dado la libertad á este esclavo y lo ha instituido su heredero, la acción Aquiliana no pasará al esclavo heredero como *actio directa*, porque ella no pertenece rigurosamente sino al propietario de la cosa dañada y uno no es propietario de su cuerpo [l, 13]; después de la muerte del esclavo, la acción no pasará, pues, á sus herederos [l. 15 § 1 y 16]. Sin embargo, el esclavo herido y sus herederos dispondrán de la acción Aquiliana útil [*Arg.* l. 13]. La l. 51, contiene una decisión de Juliauo que no puede conciliarse con los pasajes precedentes. Según Juliano, si A hiere mortalmente á un esclavo, y éste es más tarde también herido mortalmente por B, la acción *de occiso servo*, se da contra A lo mismo que contra B. Hay que ver aquí una opinión personal de Juliano [Pothier, *Pandectae Justinianae*, 9, 2, nº 4 y 5. Mommsen, II, § 15, nota 7. Windscheid, II, § 528, nota 15 a. *Contra:* Vangerow, III, 681, *Anm.*, 2, nº 2].

[1] *Dig.* lib. 50, tit. 17, l. 203. Art. 1459 del Código Civil del Distrito Federal de México.

(2) *Dig.* lib. 19, tit. 1, l.21, § 3. Si en un caso excepcional ha sido realmente imposible al comprador procurarse otras pasturas; el vendedoe no sería todavía responsable, porque no ha debido prever una pérdida proveniente de circunstancias tan insólitas [Véase después nº II del presente párrafo]. Sobre esta especie Mommsen, II, § 26, págs. 285 y 293; Vangerow, III, § 571 *Anm.* 3, número 5, págs. 42 y 45 y Windscheid, II, § 258, nota 17. Mommsen, *loc. cit.* nota 4, admite la responsabilidad del vendedor si el comprador ha estado impedido de procurarse otras pasturas; pero su opinión está mal fundada, en teoría lo mismo que desde el punto de vista de la ley 21, § 3 cit. que no distingue. Arts. 1459 y 1466 del Cód. Civ. del D. F. de México.

al vendedor [1]. O bien todavía, el animal ligeramente herido por el deudor, perece en poder del acreedor por falta de cuidados. El deudor no es responsable sino de la herida (2). Sin embargo, si la inejecución de la obligación es el resultado del dolo del deudor, es responsable aun del daño que el acreedor ha sufrido por causa de su culpa (3).

En fin, 3º El acreedor que alega que un daño le ha sido causado por la inejecución de la obligación, debe rendir la doble prueba del daño y de la relación de causalidad. Un acreedor sostiene que, por no haber sido pagado, no ha podido librarse él mismo y que por tanto ha incurrido en una pena ó que su acreedor ha vendido sus bienes á vil precio (4). Tiene que soportar la carga de la prueba: deberá establecer que no ha podido procurarse otros fondos para librarse, por ejemplo, en razón de la distancia de los lugares (5). Del mismo modo, el acreedor que sostiene que habría realizado una utilidad en la reventa de mercancías si ellas le hubieran sido entregadas y que por la falta de tal entrega, se ha visto impedido de revenderlas, debe prestar la prueba de estos hechos (6).

B). Hemos admitido que el daño sujeto á reparación por parte del deudor era el que tenía su *causa* en la inejecución de la obligación. Muchos autores enseñan que el daño debe ser la consecuencia *necesaria* de esta inejecución (7). O bien quieren simplemente expresar por esto

---

(1) *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 45, § 1. *Id.* lib. 21, tit. 1, l. 23, § 8.

(2) *Arg. Dig.* lib. 9, tit. 2, l. 52.

(3) *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 45, § 1; *Id.* lib. 9, tit. 2, l. 9. § 4.

(4) *Dig.* lib. 13, tit. 4, l. 2, § 8.

[5] Mommsen, II, § 26, págs. 286 y 287. Art. 354 del Cód. de Proced. Civ. del D. F. de México.

[6] El *Dig.* lib. 13, tit. 4, l. 2, § 8, supone la suministración de esta prueba. Ella no había sido suministrada en el *Dig.* lib. 18, tit. 6, l. 20, ni en el *Id.* lib. 19, tit. 1, l. 21, § 3. Art. 1465 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[7] Véase entre otros Bucher, § 38, pág. 124; Thibaut, I, § 167, I; Muhlem-

que el daño debe ser una consecuencia *verdadera* de la inejecución de la obligación (1), y entonces su doctrina es irreprochable. O bien, en su pensamiento, el perjuicio debía resultar forzosa é inevitablemente de la inejecución de la obligación, y en este caso su opinión debe ser condenada sin reserva. En efecto, se pregunta por qué un daño que ha sido realmente causado por la inejecución de la obligación, no estaría sometido á reparación en virtud de que hubiera podido no ser causado; el hecho de que lo ha sido es suficientemente decisivo. El sistema contrario excluiría de la responsabilidad del deudor una multitud de hechos dañosos de los cuales debe evidentemente responder. Bastará citar, como no necesarios, el daño consistente en la privación de una ganancia, el daño sufrido por el acreedor que, á causa de no haber sido pagado, ha incurrido en una pena ó visto vender sus bienes á vil precio, etc. Por esto nuestras fuentes se limitan á exigir que el daño sea la consecuencia verdadera de la inejecución de la obligación (2) y admiten al acreedor, en una serie de casos, á demandar la reparación de pérdidas que no debían en manera alguna resultar por modo forzoso de la inejecucion de la obligación (3).

C). Se establece á veces la regla de que el deudor culpable debe reparar todo daño que el acreedor no habría sufrido si la obligación hubiera sido cumplida (4). La regla es demasiado absoluta. Tomemos casos particulares. No

---

bruch, II, § 367; Werring-Ingenheirn, §§ 172-173; Molitor, I, núms. 298 y 299, I; Sintenis, II, § 86 y *Anm.* 19 y 20 y Maynz, II, § 175, pág. 31.

[1] No hemos querido decir otra cosa en nuestro "*Curso Elemental de Derecho Romano*," II, § 298, al emplear la misma expresión. Arts. 1466 del Cód. Civ. y 305 del Cód. Pen. del D. F. de México.

[2] *Cód.* lib. 27, tit. 47, 1· unic. § 1. Art. 1466 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[3] *Dig.* lib. 13, tit. 4, l. 2, § 8. Véanse sobre esta cuestión Mammsen, II, § 15, p. 141 á 143, § 16, p. 157 y 165 y Windscheid, II, § 258, 2º y notas 11 á 13.

[4] Es lo que hace Windscheid, II. § 258-2º

habiendo entregado un deudor las pasturas que debían servir para la alimentación de los animales del acreedor, éstos se mueren de hambre; si el deudor hubiera cumplido su compromiso, el acreedor no hubiera perdido sus animales, y sin embargo el deudor no debe indemnizarlo por este motivo (1). El deudor de un animal lo hiere ligeramente; entregado al acreedor, el animal perece por negligencia de éste ó por incapacidad del veterinario; la muerte del animal no habría sobrevenido sin la herida, y sin embargo, la responsabilidad del deudor se reduce á la herida (2). En uno y otro caso, el acreedor no pagado sufre una pérdida que habría evitado si hubiera sido pagado; pero la pérdida ha sido causada por otro hecho que la inejecución de la obligación, importando poco que este otro hecho no se hubiera producido si el deudor hubiera llenado su obligación. El acreedor debe obrar, en reparación de este daño, contra el tercero que lo ha producido por su culpa, y si tal culpa no existe, el daño tendrá un carácter accidental; el acreedor deberá soportarlo, como hubiera debido soportar los accidentes que se habrían producido á pesar de la ejecución de la obligación (3).

II. *De la responsabilidad del deudor en las obligaciones contractuales ó cuasi-contractuales.*

A). Cuando la obligación que ha quedado sin ejecución por culpa del deudor, resulta de una convención ó de un quasi-contrato, la responsabilidad del deudor admite una importante restricción. El no está obligado entonces sino por el daño que ha previsto ó que al menos habría podido y

---

[1] *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 21, § 3. Art. 1466 del Cód. Civ. del D. F. de México. Nótese en el texto mexicano la palabra "inmediata."

[2] Arg. *Dig.* lib. 9, tit. 2, l. 52.

[3] Véanse en este sentido Vangerow, III, § 571, *Anm.* nº 1 y Mommsen, II, § 15 y 16 que parece contrario al principio del § 15. Arts. 1458 fr. II y 1481 del Cód. Civ. del D. F. de México.

debido preveer en el momento en que ha contraído su obligación. Este sistema es racional. Las obligaciones contractuales ó quasi-contractuales tienen por base la voluntad de las partes; desde entonces, hay que tener en cuenta esta voluntad para la determinación de los efectos de aquellas. Ahora bien, si es conforme á la voluntad de las partes atender á cualquier daño que el deudor ha previsto ó debido preveer al contratar, sería contrario á esta voluntad extender la responsabilidad del deudor á pérdidas que él no ha tomado ni debido tomar en consideración. La equidad conduce al mismo resultado. Sería injusto hacer responsable al deudor de un daño completamente imprevisto; estos motivos no se aplican, por lo demás, sino á obligaciones provenientes de convenciones ó de quasi-contratos; en las otras, el deudor es responsable de una manera absoluta. La regla que acabamos de establecer, tendrá frecuentemente por consecuencia imponer al deudor de mala fe una responsabilidad más extensa que al deudor de buena fe, porque el primero, en razón de un dolo, habrá previsto un daño que no habría previsto el segundo y de lo cual será excusable. He aquí algunas aplicaciones:

Uno vende un caballo enfermo de enfermedad contagiosa. El caballo comunica sn enfermedad á otro que el comprador poseía ya, y los dos caballos se mueren. Si el vendedor ignoraba la enfermedad del caballo vendido, no será responsable sino de la pérdida de este caballo y no de la del otro del comprador; porque convencido de que el animal vendido estaba sano, no ha podido suponer que habría hecho morir por contagio al del comprador. Pero ha debido proveer esta consecuencia si conocía la existencia de la enfermedad contagiosa, y por tanto será responsable de la pérdida de los dos caballos (1).

---

[1] *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 13. Art. 1478 del Cód. Civ. del D. F. de México.

Sucederá lo mismo si alguno ha vendido materiales de construcción viciosa y el edificio levantado por el comprador con tales materiales se viene abajo. El vendedor de buena fe deberá solamente una indemnización en razón de la mala calidad de los materiales. El vendedor culpable de dolo responderá aun de la caída del edificio (1).

Alguno vende una pradera que encierra yerbas venenosas; habiendo comido de ellas las bestias del comprador, se mueren. El vendedor de buena fe no soportará en manera alguna la responsabilidad de tal pérdida; él no la ha previsto ni podido preveer; es excusable de haber ignorado que crecían yerbas venenosas en su pradera. Pero el vendedor de mala fe estará obligado á pagar el valor de las bestias que han perecido, puesto que ha previsto esta pérdida (2).

Alguno vende barricas destinadas á contener líquidos; ellas cierran mal y el líquido que en las mismas pone el comprador, vino, por ejemplo, se derrama. El vendedor estaría obligado á reparar este perjuicio, aun cuando hubiera ignorado el defecto de las barricas; dado que las barricas estuvieran destinadas á recibir líquidos, él debía verificar si cerraban bien; es inexcusable de haber ignorado su defecto; habría debido prever el daño que iba á causar al comprador (3). Sería de otro modo si las barricas estaban destinadas á contener materias secas y el comprador hubiera colocado en ellos líquidas; aquí el vendedor no ha previsto ni podido prever el daño sufrido por el comprador (4).

---

[1] Véase nota anterior.

[2] *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 19, § 1. Este texto, en el caso de buena fe del arrendador, libra al menos al arrendatario de la obligación de pagar el arrendamiento. Es la aplicación de los riesgos y peligros en materia de arrendamiento de cosas: el arrendatario no debe el precio convenido sino en tanto que ha obtenido el goce de la cosa. Art: 3048 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[3] *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 19, § 1; *Id.* lib. 19, tit. 1, l. 6, § 4.

[4] Arg. l. 6, § 4 cit.

Alguno toma en arrendamiento un esclavo con el objeto expresamente convenido de servirse de él para conducir un mulo. A causa de la inexperiencia del esclavo, el mulo se subleva y sufre un deterioro. El arrendador está obligado á reparar este daño, porque ha debido preveerlo, en razón del destino especial del esclavo (1). Pero el arrendador estaría al abrigo de toda responsabilidad si el esclavo hubiera sido arrendado fuera del destino premencionado; en este caso, él no habría debido esperarse un daño resultante de que el esclavo no era suficientemente hábil para conducir un mulo.

B). El sistema cuyos elementos acabamos de hacer conocer era profesado por Dumoulin (2) y se le encuentra en nuestros intérpretes modernos del Derecho Romano (3). Pero otros lo combaten de una manera general (4) ó bien proponen la siguiente distinción (5). Admiten que el deudor no es responsable del hecho de la inejecución de su obligación, por ejemplo, del vicio de la cosa, si no es que haya podido preveerlo. Pero, según ellos, desde que tal responsabilidad existe, sería absoluta en su extensión; comprendería todas las consecuencias de la inejecución, aun cuando el deudor no hubiera debido preveerlas. En lo que concierne á la primera opinión divergente, nos referimos á la justificación de nuestra doctrina presentada antes. En cuanto á la segunda opinión contraria, la distitución que esta-

---

[1] *Dig.* lib. 9, tit. 2, 1· 27, § 34.

[2] *De eo quad interest.* núms. 49-56-63-65 y 178.

[3] Ihering, *Das Schuldmoment im romischen Privatrecht*, p. 55-Maynz, II, § 175, p· 31 y 32 y notas 13 y 14. Namur, I, § 231,-3º y 4º. Unterholzner, I, § 131-III-1º y Vangerow, III, § 571, *Anm.* 3, núm. 5. p. 44 y 45.

[4] Molitor, I, núm. 306. Cohnfeldt, § 3, I, 16 á 18 y § 12, p· 137.

[5] Mommsen, II, § 16, p. 165-171-Windscheid, II, § 258,-2º y nota 14. Este último elimina, sin embargo, los daños y perjuicios imprevistos si el acreedor tenía el deber de llamar sobre su posibilidad la atención del deudor y hubiera omitido hacerlo. Se puede preguntar si el acreedor no tiene siempre este deber.

blece no nos parece de ninguna manera racional. Si es verdad que la responsabilidad del deudor no existe en modo alguno cuando no ha debido temer nada del hecho de la inejecución de la obligación, su responsabilidad debe ser también eliminada cuando se trata de consecuencias imprevistas de esta inejecución. Sin duda él es culpable y debe soportar las consecuencias de su culpa; pero no lo debe sino conforme á la voluntad de las partes, la cual es decisiva y nuestros adversarios no la toman en cuenta. Los textos vienen en nuestro apoyo. Recordemos una especie que acabamos de citar. Uno vende un caballo enfermo de un mal contagioso ó materiales de construcción viciosa. Es responsable hacia el comprador. Le debe daños y perjuicios en todo caso. Pero la extensión de su obligación varía según que ha debido preveer ó no los vicios de la cosa vendida. En la primera hipótesis, es responsable sin reserva de todas las consecuencias: de la muerte del otro caballo que el comprador poseía ya y que ha perecido por contagio; de la caída del edificio levantado con materiales viciosos. En la segunda hipótesis, no responde sino del vicio que infectaba la cosa vendida y no de las consecuencias de este vicio.

III. *De la valuación de los daños y perjuicios.* Resulta de la esencia misma de los daños y perjuicios que en su estimación, el juez debe atender al daño concreto sufrido por el acreedor, en razón de las circunstancias especiales en las cuales se encontraba; los daños y perjuicios serán más ó menos elevados según la persona del acreedor, porque éste tiene derecho á la reparación del perjuicio que *le* han sido causado por la inejecución de la obligación. Las diferentes especies que hemos citado antes establecen suficientemente este punto. Pero el juez no debe tomar en cuenta un simple interés de afección; la estimación de semejante interés es imposible; la afección es de naturaleza moral y bajo este título no admite estimación pecuniaria. Tal es la afección que se tiene á un animal ó bien, para ci-

tar el ejemplo romano, el interés que un esclavo inspira á su dueño en razón de su calidad de concubina ó de hijo natural (1). En lo que concierne al momento al cual el juez debe referirse al proceder á la estimación de los daños y perjuicios, es el de la sentencia, á menos que la obligación sea de derecho estricto en cuyo caso el instante de la *litis cantestatio* es decisivo (1); en efecto, si la obligación hubiera sido cumplida, el acreedor habría gozado del valor de la obligación en el momento de la sentencia (2). El lugar de la estimación es, por motivo análogo, aquel en que el pago debía hacerse (3). Nos resta mencionar una limitación introducida por Justiniano en la valuación de los daños y perjuicios debidos por inejecución de una obligación. Justiniano dispone que estos daños y perjuicios no podrán jamás exceder del doble valor de la cosa debida (4). Así, alguno vende de mala fe un caballo enfermo de mal conta-

---

[1] *Dig.* lib. 9, tit. 2, l. 33; *Id.* lib. 35, tit. 2, l. 63; *Id.* lib. 7, tit. 7, l. 6. 2. *Non obstat. Dig.* lib. 17, tit. 1, l. 54. Este último texto se limita á decidir que uu interés de afección basta para la validez de una convención y da lugar á una acción judicial. Se había vendido un esclavo á un tercero, á condición de ser mannumitido por él. El dueño tiene derecho al precio de venta y además si el esclavo es su hijo ó su hermano naturales, este interés de afección lo autoriza á reclamar la emancipación del esclavo. No se trata aquí de la valuación de un interés de afección. Art. 1471 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[2] *Dig.* lib. 14, tit. 6, l. 3, § 2; *Id.* lib. 12, tit. 1, l. 22; *Id.* lib. 13, tit. 3, l. 4. Contra estas decisiones positivas, el *Dig. eod.* l. 3, quiere que en la *condictio triticiaria* se atienda al *condemnationis tempus*. Savigny [VI, § 276] y Vangerow [I § 160, *Anm.* nº IV, 3º] piensan que estas palabras se refieren á la *condemnatio* considerada como el elemento de la fórmula [Arg. *Dig.* lib. 44, tit. 1, l. 2], se trataría, pues, de la época de la entrega de la formula, es decir, de la *litis contestatio*. En ningún caso la ley 3 citada podría prevalecer contra los textos mencionados.

[3] *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 21, § 3. Mommsen, II, § 20, p. 217 á 230 y Windscheid, II, § 258-1º y notas 7 y 8. Art. 1469 del Código Civil del Distrito Federal de México.

[4] Mommsen § 20, p. 230 y § 19, p. 210 y 211.

[5] *Cód.* lib. 7, tit. 47, l. unic. Por analogía: arts. 1313 y 1471 del Cód. Civ del D. F. de México.

gioso ó materiales de construcción viciosos; el caballo enfermo comunica su mal á otros diez caballos del comprador y todos mueren; el edificio levantado por el comprador con los materiales defectuosos se viene abajo. El juez no puede otorgar al comprador, como daños y perjuicios, sino el doble valor del caballo ó de los materiales vendidos (1). Para justificar esta regla, se podría decir que los daños y perjuicios, en tanto que exceden del monto de la obligación originaria, tienen un carácter accesorio y lo accesorio no debe prevalecer sobre lo principal (2). Pero esta explicación es más sutil que racional. Los daños y perjuicios debidos por causa de inejecución de una obligación dependen pura y simplemente de esta obligación; ellos la remplazan y desde entonces una limitación al doble de la deuda primitiva no tiene razón de ser. Se podría también invocar la equidad; pero esta consideración no parece tampoco decisiva. En todos los casos la restricción del doble establecida por Justiniano no se aplica á la reparación de un daño causado por un delito ó un quasi-delito. Si alguno mata un caballo cuyo valor es de 2,000, los daños y perjuicios debidos por esta causa pueden exceder de 4,000; por ejemplo, si el caballo muerto formaba parte de un tiro ó tronco el cual, á consecuencia de la pérdida del caballo, ha sufrido una depreciación considerable (3). Por lo demás, la

---

[1] Ya en la época clásica esta regla era seguida en un caso particular: la reclamación por evicción de la cosa vendida no podía jamás producir para el vendedor una condenación superior al doble del valor de la cosa en la época de la venta [*Dig.* lib. 19, tit. 1, l. l. 43-44 y 45]. Justiniano generalizó esta regla en el sentido indicado. Arts. 1494-1497 y 1498 del Código Civil del Distrito Federal de México.

[2] Vangerow, III, § 571, *Anm.* 4, nº 1 y 1º

(3) El motivo es que el *duplum* establecido por Justiniano supone un *simplum* prexistente fuera de los daños y perjuicios; ahora bien, este *simplum* hace falta cuando se está obligado á los daños y perjuicios sobre el fundamento de un delito ó de un quasi-delito; semejantes daños y perjuicios son debidos principalmente. Por otra parte Justiniano mismo declara que no dispone sino para los *casus qui certam habent quantitatem vel naturam*, *veluti in venditionibus et loca-*

disposición de Justiniano es absoluta; se aplica á todos los daños y perjuicios debidos por causa de inejecución de una obligación (1). En cuanto al máximum que establece, es el valor doble de la obligación originaria, de la obligación tal como ha sido contraida (2).

§ 17. *Efectos de la inejecución no culpable de la obligación.*

Dig. lib. 18, tit. 6. *Cod.* lib. 4, tit. 48.

Cuando la inejecución de la obligación no es imputable al deudor, y principalmente, cuando hay caso fortuito, el deudor es libre; él no debe el valor de la cosa que era el objeto de la obligación. Los riesgos y peligros son pues

---

tiembus et omnibus contractibus. Véase en este sentido: Mommsen, II, § 21, p. 235; Vangerow, III, § 571; *Anm* 4, nº 1; Windschid, II, § 258, 1º y nota 9 *initio* y Sintenis, II, § 86 y *Anm*, 31 y 32. *Contra* Muhlenbruch, II, § 370 y Cohnfeldt *cit.* § 5, 4º, p. 46-54 y § 15, p. 207 y 208. Maynz, II, § 176, 1º

(1) Poco importa que el deudor se haya hecho culpable de un dolo ó de una simple culpa; que haya habido inejecución total ó parcial. La Constitución de Justiniano no distingue absolutamente (Mommsen, II, § 21, p. 235 y 236; Vangerow, III, § 571, *Amn.* 4, núms. III y IV). Por otra parte es indiferente que se trate de la obligación de un cuerpo cierto ó de una obligación genérica. Esta distinción sería injustificada en teoría. Verdad es que Justiniano estatuye para los *casus qui certam habent quantitatem vel notnram* y que mantiene el antiguo derecho para los *casus qui incerti esse videntur.* Pero él mismo esplica los *casus certi* por las palabras *velutl in vendicionibus et locationibus et ommibus contractibus;* tiene en mira los daños y perjuicios debidos por causa de inejecución de las obligaciones en que hay un *simplum* cierto, la cosa debida; quiere excluir los daños y perjuicios debidos de una manera principal en virtud de un delito ó de un cuasi-delito. Véase en este sentido Vangerow, III, § 571, *Anm.* 4, nº II. *Contra*: Mommsen, II, § 21, p. 238.

(2) Segun Mommsen, II, § 21, p. 236 á 238, si una prestación recíproca es debida por el acreedor y ella consiste en una suma de dinero, el máximum legal de los daños y perjuicios sería el doble de dicha suma de dinero. Es ciertamente más natural y más conforme al texto de la ley tomar siempre por base la misma obligación del deudor. Solamente la prestación recíproca y pecuniaria que debe hacer el acreedor será un elemento de estimación de la obligación no ejecutada.

para el acreedor: *res perit creditori* (1). En efecto, en razón del accidente, la obligación no tiene ya objeto y nadie responde del caso fortuito (2); la ejecución de la obligación se ha hecho imposible sin culpa del deudor y á lo imposible nadie está obligado (3). Del mismo modo si á consecuencia de un accidente el deudor no puede ejecutar sino en parte su obligación, por ejemplo entregar solamente una cosa disminuida ó deteriorada, quedará libre en los límites de la imposibilidad en que se encuentra; no estará obligado sino por el excedente; podrá limitarse á entregar una cosa disminuida ó deteriorada, puesto que está en la imposibilidad de obrar de otra manera (4). En fin, si la cosa debida ha quedado á la verdad intacta; pero un accidente ha puesto al deudor en la imposibilidad de hacer su entrega, por ejemplo si la cosa debida ha sido robada, si el esclavo ó el animal se ha herido, sin dolo ni culpa por parte del deudor, éste deberá solamente ceder sus acciones con respecto á la cosa. Tales son las acciones revindicatoria ó publiciana, los interdictos posesorios, las acciones que nacen del robo, la acción Aquiliana etc. (5). Sin embargo estas reglas no son verdaderas sino para las deudas de cuerpos ciertos; ellas son inaplicables á las deudas genericas, es decir, á las que tienen por objeto, ya una cosa determinada solamente en cuanto á su género, ya una cantidad de cosas fongibles. Aquí es el deudor quien soporta todos los accidentes relativos á las cosas que se proponía entregar al acreedor; él no queda jamás libre por el caso fortuito. Si un cuerpo cierto puede perecer, un género, tal como los caballos ó el trigo no perece

---

(1) *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 37; *Id.* lib. 18, tit. 5, l. 5, § 2. Arts. 1441-1444-1446-1447-1459 y 1462 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) *Dig.* lib. 50, tit. 17, l. 23.

(3) *Dig. eod.* l. 185.

(4) *Inst.* lib. 3, tit. 23, § 3. Arts. 1459 y 1468 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(5) § 3 cit. Art. 1444 del Cód. Civ. del D. F. de México.

absolutamente; á pesar de la pérdida de ciertos individuos del género convenido, la obligación conserva su objeto; su ejecución no se ha hecho imposible y desde entonces el deudor tenía que quedar obligado (1). De aquí las dos máximas: *debitor speciei interitu rei liberatur* y *genus aut quantitas nunquam perit*.

Las reglas que acaban de ser expuestas se aplican á las convenciones unilaterales y á las bilaterales, á las que obligan á una sola de las partes contratantes y á las que crean obligaciones recíprocas para ambas partes. En estas últimas también el caso fortuito libra de la obligación contraída; puede aun librar á cada uno de los contratantes, puesto que cada uno es deudor. Pero en las convenciones bilaterales se presenta una grave dificultad. ¿Acáso la parte liberada por el accidente conserva su derecho á la prestación recíproca de la otra parte, ó bien ésta queda igualmente liberada? El vendedor es liberado por la pérdida accidental de la cosa vendida; pero ¿el comprador queda obligado al pago del precio? El arrendador es liberado si la cosa arrendada viene á perecer accidentalmente; pero ¿el arrendatario debe pagar el precio del goce? La cuestión no admite solución absoluta. Hay que distinguir entre las convenciones que tienen por objeto una traslación de propiedad y aquellas cuyo objeto es el goce de una cosa ó ciertos servicios. El tipo de las convenciones de la primera especie es la venta; el tipo de las segundas es el arrendamiento de cosas ó de obras. Por regla general, en las paimeras la prestación recíproca queda debida, mientras que en las segundas los dos contratantes son liberados. Pero importa considerar separadamente las principales convenciones bilaterales.

I. DE LA VENTA. La cosa vendida y no entregada to-

(1) *Dig.* lib. 23, tit. 3, l. 42.

davía perece por accidente; el vendedor es liberado; pero el comprador no está menos obligado á pagar el precio. Es pues el comprador quien soporta los riesgos y peligros de la cosa vendida; si esta perece él pierde á la vez la cosa y el precio. Esta regla se funda en derecho y en equidad. Si inmediatamente después de la perfección del contrato el vendedor hubiera entregado la cosa, habría satisfecho plenamente á su obligación, y desde entonces la pérdida subsecuente de ella, no habría dispensado al comprador del pago del precio, sino que él habría debido llenar su obligación como el vendedor había llenado la suya. Ahora bien, debe suceder lo mismo cuando el vendedor no ha retardado nada la tradición de la cosa, cuando no ha dependido sino del comprador recibir su entrega; el retardo del comprador no debe mejorar su condición. La regla enunciada es igualmente equitativa. El comprador tiene tambien derecho á todos los productos provenientes de la cosa vendida á partir del día del contrato, y en particular, si es verdad que el fundo vendido puede ser disminuido por una avulsión, puede también ser aumentado por un aluvión que constituye una utilidad para el comprador; si pues éste soporta el *periculum*, aprovecha también el *commodum:* las probabilidades de pérdida están compensadas por las de ganancia (1). Esta doctrina se apoya sobre los textos más formales (2), de

---

(1) *Inst.* lib. 3, tit. 23, § 3. Véase en cuanto al *commodum* antes § 6, III. Arts. 1430-1431 y 2824 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) *Dig.* lib. 18, tit. 1, l. 34, § 6. Segun este texto, cuando los dos esclavos vendidos alternativamente perecen, ya el uno después del otro, ya al mismo tiempo, pertenezca la elección al vendedor ó al comprador, el precio de venta debe ser pagado. Como se dice al fin del pasaje, sería de otro modo si el comprador fuese libre de comprar ó no; entonces la venta no sería perfecta y el riesgo sería para el vendedor. *Dig.* lib. 18, tit. 5, l. 5, § 2. Segun Juliano la muerte del esclavo vendido libra al vendedor y la pérdida es del comprador. El quiere ciertamente enseñarnos por esto que el comprador queda obligado al pago del precio. Por lo demás añade que las acciones de la venta subsisten y particularmente el vendedor dispone de la *actio venditi* en pago del precio, á menos que haya hecho

tal suerte que no es contestable. A la verdad, ella fué combatida durante algún tiempo por Cuyacio, que enseñó que la pérdida accidental de la cosa vendida libraba á la vez al vendedor de la obligación de entregarla y al comprador de la de pagar el precio (1); pero el ilustre jurisconsulto francés volvió más tarde sobre su opinión (2) y hoy la cuestión de que se trata puede considerarse como resuelta.

Vamos á refutar las objecciones que se han hecho valer contra la doctrina actualmente constante. Se ha opuesto dese luego la regla *res perit domino;* el vendedor queda propietario de la cosa vendida y no entregada todavía; se ha concluido de aquí que la cosa debe perecer para él. La máxima que se invoca es verdadera fuera de las obligaciones; es aun aquí de una verdad trivial; claro es que la propiedad se extingue con la cosa sobre la cual recae. Pero la regla no podría ser aplicada á las relaciones obligatorias; desde este punto de vista su falsedad resulta de múltiples decisiones de nuestras fuentes, no solo en materia de venta, sino aun en materia de estipulación y de pago indebido. Aquel que ha prometido una cosa por estipulación, queda libre por la pérdida accidental de la cosa debida (3); esta perece pues para el estipulante, es decir, para un no pro-

---

remisión, por ejemplo, mediante la estipulación Aquiliana [Pothier, *Pandectae Just.* 18, 5, núm. 7 nota 6. Véase después § 227]. *Dig.* lib. 18, tit. 6, l. 8. *Cod.* lib. 4, tit. 48, ll. 4 y 6. Estos tres textos ponen también los riesgos y peligros de la cosa vendida á cargo del comprador y el tercero tiene cuidado de añadir expresamente que es preciso entender por esto que el comprador está obligado á pagar el precio.

(1) Cuyacio *ad Africanum tractatus VIII ad l. 33 locati y Obsrrvat. XXIII* 29.

(2) *Comment. in lib. XXXIII, Pauli ad. Edictiom, ad. l. 8, de per. et comm rei vend. Paratitla in lib. IV Codicis Justiniani,* tit. 48. *Recitationes solemnes in lib. IV Codicis, ad tit 48.*

(3) *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 37. Art. 1462 del Cód. Civ. del Distrito Federal de México.

pietario. Del mismo modo, si alguno recibe de buena fe un pago indebido adquiere la propiedad de la cosa dada en pago; queda igualmente libre por el caso fortuito (1), el cual recae por consiguiente sobre el que paga, sobre el no propietario. Se objeta también que la obligación de pagar el precio no tiene ya causa si la cosa vendida es entregada. Pero la causa, el motivo jurídico de la obligación de pagar el precio, no es en manera alguna la tradición, sino la promesa hecha por el vendedor de entregar la cosa, y esta causa subsiste después de la párdida de aquella. De la misma manera se há sostenido que si, después de la pérdida de la cosa, el vendedor reclamara el pago del precio, sería rechasado por la *exceptio doli vel non admipleti contractus*. Pero se pierde de vista que el vendedor ha quedado libre de su obligación por la pérdida accidental de la cosa; desde entonces el comprador demandado por pago del precio no puede reprocharle ni un dolo ni la inejecución del contrato. En fin, los textos que se han invocado, no son concluyentes (2).

---

(1) *Arg. Dig.* lib. 12, tit. 6, l. 3.

(2) *Dig.* lib. 18, tit. 6, ll, 3-14 y 15. Examinemos estas diferentes decisiones. Uno había comprado carros; habiendo sido colocados sobre la vía pública, un edil municipal, es decir, un edil encargado de la policía de los caminos públicos [*Dig.* lib. 43, tit. 10, l. unic] los hizo destruir. Se presenta la cuestión sobre quien soportará esta pérdida. Paulo distingue. Si, dice, los carros habían sido entregados al comprador ó éste se encontraba en mora de recibirlos, él soportará el riesgo, ya porque el vendedor había satisfecho á la obligación de entregarlos, ya como consecuencia de la mora del comprador. [L. 13. Arts· 1430 y 1431 del cod. civ. del D. F. de México]. Pero *¿quid*, dice Juliano en la l. 14 si el edil ha hecho destruir injustamente los carros? En el caso de una tradición ya efectuada habiendose hecho el comprador propietario de los carros, tendrá personalmente la acción aquiliana contra el edil. En el caso de una simple mora del comprador la acción aquiliana pertenecerá al vendedor que ha quedado propietario; pero ella deberá ser cedida por él al comprador [art. 1444 del Cód. Civ. del D. F. de México]. Si, al contrario, no había habido ni tradición de los carros, ni mora del comprador, el vendedor soportará la pérdida [L. 15] ¿Por qué? ¿En razón del caracter accidental de la pérdida? De ninguna manera; el vendedor que había dejado los carros sobre la vía pública, era manifiestamente culpable; de esta cul-

La regla sobre los riesgos y peligros en materia de venta admite modificaciones en la venta condicional y en la de cosas fungibles.

A) *De la venta condicional.* I. La cuestión de los riesgos y peligros en una venta hecha bajo condición *suspensiva* debe ser resuelta por una distinción. Si toda la cosa

---

pa Paulo lo hace responsable [arts. 1439 y 1462 del Cód. Civ. del D. F. de México]. Del mismo modo el vendedor se hace culpable cuando deja robar la madera vendida, si ésta no había sido todavía entregada y el comprador no estaba en mora tampoco de recibirla; en general se puede prevenir el robo guardando la cosa con los cuidados de un buen padre de familia [arts. 1431 y 1446 del Cód. Civ. del D. F. de México]. Véanse en este sentido Molitor. I, núm. 425: Maynz II, § 210. nota 8 y Vangerow, III, § 591, *Anm.* núm. IV, 1º. *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 33. Uno había vendido de buena fe un fundo perteneciente á un tercero que había cometido un crimen castigado con la confiscación de bienes, y había recibido el precio de venta. Antes de haber sido entregado, el fundo fué confiscado en favor del Tesoro Público. Africano decide que el comprador tiene derecho á la restitución del precio; pero no á daños y perjuicios. El jurisconsulto considera el crimen del propietario como un vicio de la cosa; es un vicio que impide adquirir la cosa; él destruye toda su utilidad. El vendedor era ciertamente excusable de haber ignorado tal defecto; no debía preveerlo; he aquí porque no está obligado á daños y perjuicios. Pero como el vicio hace el fundo completamente inutil, el comprador puede, en virtud del derecho civil, demandar la recisión del contrato así como la restituación del precio, porque él no hubiera contratado si hubiera conocido la existencia del vicio. Encontramos en nuestras fuentes una disposisión absolutamente análoga. Uno vende de buena fe un esclavo prófugo, un *servus pugitivus.* He aquí también un vicio que no permite tener la cosa, que destruye casi todasu utilidad. Ulpiano decide que el comprador de semejante esclavo tiene derecho si no á daños y perjuicios, al menos á una reducción del precio proporcionada á la importancia del vicio [*Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 13, § 1]; el precio deberá ser integramente restituido si, habiendo conocido el comprador el defecto, no hubiera contratado [Véase despues en esta obra, § 108]. Es verdad que Africano parece considerar la conficación del fundo yendido como equivalente á su pérdida accidental; porque, al hablar al principio de la ley 33 de la confiscación de un fundo dado en arrendamiento, la compara á un terremoto que hubiera destruido una casa cuya construcción era el objeto de una empresa [*quenaddamum, inquit, si insulum aedificandum locasses et solum corruisset*]. Pero no hay aquí de parte del jurisconsulto sino una simple comparación entre la confiscación de una cosa y su pérdida material; esta comparación no es una asimilación y ni podía tener este caracter, porque el fundo confiscado no es un fundo perdido. [Arts. 2891 y relativos del Cód. Civ. del D. F. de México]. Véanse sobre esta ley Molitor, I, núm. 425; Mommsen, I, § 28, p. 334 á 336; Vangerow, III, § 591, *Anm.* núm IV, 1º y Moynz, II, § 210, nota 8.

ha perecido mientras que la condición estaba en suspenso, la pérdida recae sobre el vendedor, aunque la condición se cumpla más tarde y no obstante la retroactividad de la condición cumplida. En efecto, no se comprende un contrato sin objeto; la obligación de entregar no puede llegar ya á la existencia por falta de objeto; desde entonces, la condición no puede ya cumplirse útilmamente y todavía menos retroobrar (1). Por el contrario, si la cosa vendida condicionalmente no ha perecido sino en parte ó ha sufrido simples deterioros, tales accidentes deben ser soportados por el comprador, en virtud del efecto retroactivo de la condición. Aquí la venta continúa teniendo un objeto; la condición puede cumplirse últimamente y ella retroobra hasta el día del contrato, es decir, se reputa que la venta ha sido concluida de una manera pura y simple; ahora bien, en la venta pura y simple, el riesgo es para el comprador (2). Se tiene el hábito de resumir estas reglas diciendo que el vendedor soporta el *periculum interitus* y el comprador el *periculum deteriorationis*, comprendiéndose en este último la pérdida parcial.

2. Se siguen las mismas reglas en la venta hecha bajo

---

(1) *Dig.* lib. 18, tit. 6, l. 8. El jurisconsulto establece muy bien la distinción que hemos hecho. El deterioro de la cosa vendida condicionalmente es para el comprador. Pero si ha habido pérdida total, se reputa como no verificada la venta, como las estipulaciones ó los legados condicionales y el vendedor debe restituir lo que há cobrado por vía de precio. Hemos seguido la lección Florentina, adoptada por Mommsen; ella expresa un sentido muy aceptable. La Vulgota dice lo que sigue después de las palabras *venditoris sunt: Plane si pendente conditione res interierit, perimitur emptio, sienti stipulationes et begata canditiamabia perimuntur, si pendente conditione res extineta fueril sane si* . . . . Esta lección presenta el inconveniente de colocar en una primera fase las palabras: *et quod pretii solutum est repetitur et fructus medii temperis venditoris sunt* y de omitir en una segunda proposición las palabras: *si peudente conditione res extimta fuerit*. De aquí resulta que las primeras se hacen ininteligibles; en vano se pregunta á qué se refieren. Vangerow, III, § 591, *Anm.* núm. V. y Maynz, II, § 205, nota 31.

(2) Arts. 1340 á 1345 del Cód. Civ. del D. F. de México.

condición resolutoria, *mutatis mutamdis*. El papel de las partes es invertido: el comprador se ha hecho deudor de restitución bajo condición suspensiva, y el vendedor es el acreedor condicional. La pérdida total será pues soportada por el comprador á pesar de la realización subsecuente de la condición; el comprador perderá la cosa y el precio; la convención relativa á la restitución de la cosa no tiene ya objeto; pero la pérdida parcial y el deterioro será para el vendedor, si la condición se cumple; el vendedor no recibirá sino una cosa reducida ó deteriorada y sin embargo deberá restitnir la totalidad del precio. Es que la condición cumplida retrobra hasta el día de la venta; se reputa que la convención relativa á la restitución de la cosa ha sido concluida de una manera pura y simple.

3. Cuando las partes han convenido en que el precio de la venta sea fijado por un tercero, la venta se hace bajo condición suspensiva; es concluida bajo la condición: si el tercero fija el precio (1). Del mismo modo, la venta hecha á prueba es condicional, y la condición es generalmente suspensiva; la venta es concluida bajo la condición: si el comprador acepta la cosa después de haberla probado (2). Pero en ambos casos, por derogación de la regla general seguida en la venta condicional, todos los riesgos, aun el de la pérdida parcial ó del deterioro, son soportados por el vendedor. La razón es que, si la fijación del precio ha sido abandonada á un arbitro, éste tomará naturalmente por base de su estimación el valor de la cosa en el momento en que es llamado á estimarla; tomará pues en cuenta la pérdida parcial y el deterioro. Si la venta ha sido hecha á prueba, el comprador rehusará aceptar la cosa reducida ó

(1) *Inst.* lib. 3, tit. 23, § 1. Véase después § 90. Art. 2813 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) Véase después § 116, *ter.* I. Art. 2825 del Código. Civil. del D. F. de México.

deteriorada; su negativa hará faltar la condición puesta á la venta y por tanto la venta misma, lo que hará caer necesariamente el riesgo sobre el vendedor (1).

B) DE LA VENTA DE COSAS FUNGIBLES. Desde el punto de vista de los riesgos y peligros, la venta de cosas fungibles puede presentarse bajo cinco formas diferentes.

1. Se puede vender cierta cantidad de cosas de tal especie y calidad, sin otra designación, por ejemplo, cien hectólitros de trigo, diez hectólitros de tal vino. Es esta venta genérica pura y simple, en la cual el comprador soporta todos los riesgos (2).

2. En sentido contrario, se puede vender una masa entera de cosas fungibles por un precio único, ó bien, como dicen nuestras fuentes, *per aversionem* (en bloc). Tal es el caso en que yo os vendo todo el trigo que encierro en mi granero, todo el vino que se encuentra en mi bodega por mil francos. Esta venta recae sobre un cuerpo cierto, con el mismo título que la de un caballo determinado, y, conforme al principio general, todo el riesgo es para el comprador (3).

3. Se puede vender una una masa entera de cosas fungibles á tanto la unidad de número, de peso ó de medida, por ejemplo, todo el grano que tengo en mi granero á 20 frances el hectólitro, todo el vino de mi bodega á 100 francos el hectólitro. Aquí es necesaria una distinción. Los riesgos de la pérdida total ó parcial de las mercancías son

---

(1) *Dig.* lib. 18, tit. 6, l. 1.

(2) *Vaticana Fragmenta*, 16.

(3) Arg. *Dig.* lib. 18, tit; 1, l. 35, § 5 *initio.* Gayo se ocupa de la perfección de la venta desde el punto de vista de los riesgos y peligros [*Dig.* lib. 18, tit. 6, l. 8 *initio*]. Si se ha vendido todo el vino, el aceite, el trigo ó el dinero por un precio en globo, él declara la venta perfecta desde que se ha convenido en el precio; esto quiere decir que, á partir de este momento, las mercancías vendidas quedan á riesgo del comprador. *Cod.* lib. 4, tit. 48, l. 2, § 1. Art. 2863 del Cód. Civ. del D. F. de México.

para el vendedor; lo del deterioro para el comprador. Estas reglas son consecuencias lógicas del contrato. En los términos de éste, el comprador no debe pagar sino las unidades que le fueren contadas, pesadas ó medidas; pero también debe pagar todas estas unidades. Se sigue de aquí que si ha perecido una parte de las mercancías, como esta parte no será comprendida en la cuenta, en el peso ó en la medida, el vendedor no cobrará el precio de ella; la pérdida parcial de las mercancías recaerá pues sobre él. Por el mismo motivo soportará la pérdida total. Pero los riesgos del deterioro serán para el comprador, porque el deterioro no tiene influencia sobre la cuenta, el peso ó la medida, y el comprador tiene que pagar todo lo que le es contado, pesado ó medido (1): La mayor parte de los autores no admite la distinción que acabamos de establecer: ellos hacen soportar por el vendedor indistintamente todos los riesgos, aun el del simple deterioro, y citan muchas leyes que les parecen favorables (2). Este sistema es contrario á los prin-

---

(1) *Dig*. lib. 18, tit. 1, l. 35, §§ 5 y 6. Así, segun Gayo, cuando las cosas fungibles han sido vendidas á tanto la unidad de número, de peso ó de medida, la venta no es perfecta desde el punto de vista de los riesgos y peligros si no es que las cosas hayan sido contadas, pesadas ó medidas [*Dig*. lib. 18, tit. 6, l. 8. Art. 2825 del Cód. Civ. del D. F. de Méxioo]; en otros términos el vendedor soporta el riesgo hasta el momento de la cuenta, del peso ó de la medida. A pesar de esta decisión general, es necesario admitir que el comprador soporta al menos el deterioro de las cosas vendidas, lo cual resulta del motivo en que se funda Gayo: el precio, dice, se reputa fijado para cada unidad que fuese contada, pesada ó medida "*quia venditio quasi snb conditione videtur fieri, ut in seingulos metielas* etc. [L. 35, § 5]; ahora bien el deterioro no tiene influencia sobre la cuenta, el peso ó la medida *Dig*. lib. 18, tit. 6, l. 11. Esta ley es extraña á nuestra cuestión. Un fundo de tierra había sido vendido á tanto la medida y había perecido parcialmeute antes de medirlo. Scœvola decide que esta pérdida no autoriza al comprador á reclamar daños y perjuicios. ¿Deberá pagar las fanegas de tierra que no obtiene? el jurisconsulto no se ocupa de este punto. Pero, en el pasaje mencionado, Gayo, de acuerdo con los principios, responde que no. Vangerow, III, § 635, *Anm*. núm. 1, 1º

(2) *Dig*. lib. 18, tit. 1, l. 35, § 5-6 y 7; *Id*. lib. 18, tit. 6, l. 5. *Cod*. lib. 4, tit. 48. l. 2.

cipios generales y los textos invocados pueden ser interpretados de otra manera (1).

4. Se puede también vender cierta cantidad de cosas fungibles á tomarlas en una masa determinada y por un precio que se fija á tanto la unidad de número, de peso ó de medida, por ejemplo, 100 hectólitros del trigo que se encuentra en mi granero á 20 francos el hectólitro, ó bien, 10 hectólitros del vino que tengo en mi bodega á 100 francos el hectólitro. En lo que concierne á riesgos y peligros, esta venta está generalmente sometida á las mismas reglas que la precedente; los motivos son también los mismos. Hay sin embargo que exceptuar el caso en que una parte solamente de la masa hubiera sufrido deterioros. En el caso, el comprador puede exigir ante todo la parte de la masa que ha quedado intacta y no es sino en cuanto esta parte es insuficiente que él está obligado á aceptar mercancías deterioradas. En efecto, el vendedor no tiene derecho de obligar al comprador á soportar el deterioro sino en caso de imposibilidad de suministrar mercancías intactas; ahora bien esta imposibilidad no existe respecto de la masa que

(1) Hemos ya dado cuenta, en la nota anterior, del *Dig.* lib. 18, tit. 1, l. 35, § 5 y 6. En cuanto á los otros tres textos, ellos tienen en mira, no la venta á tanto la medida de una masa entera de cosas fungibles, sino la venta á tanto la medida de cierta cantidad de cosas fungibles para tomarlas en una masa determinada. El *Dig.* lib. 18, tit. 1, l. 35, § 7 y el *Id.* lib. 18, tit. 6, l. 5 son tan precisos como es posible. El *Cod.* lib. 4, tit. 48, l. 2 lo es menos; pero es preciso aplicarlo á la misma especie. Esto resulta de la combinación del *principium* con el § 1 de la ley 2; esta antítesis prueba que el *principium* de la ley 2 se refiere á la venta de cierto número de botellas que habían de tomarse del vino que encerraba el granero del vendedor. Aunque estos tres textos no se ocupan de la venta á tanto la medida de una masa entera de cosas fungibles, se podría, sin embargo, invocarlos aquí por analogía. Pero, cuando hablaremos de la venta á tanto la medida de cierta cantidad de cosas fuugibles que han de tomarse de una manera determinada, veremos que hay que rehusar á las leyes precitadas el sentido que se les atribuye. Véase en nuestro sentido Mommsen, I, § 28, 2º, p. 338 y 339 y Windscheid, II, § 390, 1º *Contra:* Vangerow, III, § 635, *Anm.* núm. 1, p. 432 y 433 y Maynz, II, § 210, nota 12; Unterholzuer, II, § 454, III, 2º y Molitor, I, núms. 282, 2º y 427 *initio.*

ha quedado intacta. En resumen, la pérdida tolal ó parcial recaerá siempre sobre el vendedor. Este soportará también el deterioro de las mercancías si le queda una cantidad intacta superior ó igual á cantidad vendida. Si la cantidad intacta es inferior á la cantidad vendida, el comprador soportará el deterioro por la diferencia entre las dos cantidades, y si el deterioro ha afectado toda la masa, recaerá plenamente sobre el comprador.

La opinión común se manifiesta en sentido contrario: pone á cargo del vendedor todos los riesgos, aun el de un deterioro cualquiera. Muchos textos parecen confirmarla (1); pero es posible darles otro sentido (2).

5. En fin, se puede vender cierta cantidad de cosas fungibles á tomar en una masa determinada; pero haciendo la venta por un precio único. Vendo cien hectólitros de trigo que tengo en mi granero por la suma de 2,000 francos; vendo 10 hectólitros de vino de mi bodega por mil francos. En realidad esta venta no difiere de la precedente: las par-

---

(1) *Dig.* lib. 18, tit. 1, l. 35, § 7; *Id.* lib. id. tit. 6, l. 5. *Cod.* lib. 4, tit. 48, l. 2. Arts. 2835 y 2836 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) Los dos primeros pasajes [*Dig.* lib. 18, tit. 1, l. 35, § 7 é *Id.* lib. id. tit. 6, l. 5 ponen á cargo del vendedor *omne periculum*. Pero, á pesar de la generalidad de estas palabras, nada prueba que el jurisconsulto se haya referido á otra cosa que á la pérdida total ó parcial de las mercancías. Desde luego este riesgo es el que atrae principalmente la atención [Arg. *Dig.* lib. 18, tit. 6, l. 8]. Despues la ley 35, § 7 no es sino una aplicación del principio establecido en la ley 35, § 5, sobre que el precio se fija para cada unidad que fuere contada, pesada ó medida [*quia venditio quasi sub conditione videtur fieri, ut in singulos metretas* etc]; ahora bien, si es asi, el comprador debe el precio convenido para todas las unidades que le son contadas, pesadas ó medidas, poco importa que haya deterioro. La tercera ley [*Cod.* lib. 4, tit, 48, l. 2] hace soportar al vendedor el riesgo del vino torcido [*periculum viniu motati*]. Se puede restringir esta decisión á un deterioro parcial de la masa del vino, tanto mas cuanto que sucederá bastante rara vez que todo el vino del vendedor se tuerza. Siendo posibles estas interpretaciones, en ellas conviene detenerse, porque son las únicas satisfactorias desde el punto de vista de los principios generales. En este sentido: Mommsen, I, § 28, 3º, p. 340 á 342 y en apariencia también Windscheid, II, § 390, 1º *Contra:* Vangerow, III, § 635, *Anm.* núm. 1, p. 432 y 433 y Maynz II, § 210, nota 12. Unterholznar, II, § 454, III, 2º

tes han querido contratar al número, al peso ó á la medida. Sin duda han fijado un precio en globo, dos mil ó mil francos; pero en vista de una cantidad determinada de cosas, en vista de 100 hectólitros de trigo ó de 10 de vino; es como si la venta hubiera sido hecha á razón de 20 francos el hectólitro de trigo, de cien el hectolitro de vino. Desde entonces la cuestión de los riesgos y peligros debe resolverse de la misma manera (1).

II. DEL ARRENDAMIENTO A). La cosa arrendada perece accidentalmente después de la conclusión del arrendamiento. El arrendador queda libre de su obligación de hacer gozar al arrendatario; pero éste no debe el precio convenido sino por la duración del goce; él queda libre por el periodo posterior á la pérdida (2). ¿Cuál es la razón de este principio tan diferente del que se sigue en materia de venta? La obligación del vendedor se ejecuta en un solo instante por la tradición de la cosa vendida; si esta tradición se hubiera verificado inmediatamente después del contrato, el riesgo hubiera sido ciertamente para el comprador; y desde entonces debe suceder lo mismo cuando no ha dependido sino de este último recibir la entrega. La obligación del vendedor es continua; debe hacer gozar al arrendatario durante todo el tiempo del arrendamiento; su obligación tiene pues por objeto una cosa futura, la duración del goce durante el plazo convenido. Ahora bien, en un contrato que tiene por objeto una cosa futura, el precio de esta cosa no podría ser debido si no es que la cosa futura llegase á existir y en los límites en que llegara á la existencia; es lo admitido aun en la venta de cosas futuras (*emptio rei*

---

(1) *Dig.* lib. 18, tit. 1, l. 35, § 7.

(2) *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 19, § 6 y l. l. 30, § 1, 33 y 34. Arts. 2969 á 2972 del Cód. Civ. del D. F. de México.

speratae) (1). De aquí la consecuencia de que si la cosa arrendada viene á perecer, el arrendatario no podría ser obligado á pagar el precio por el periodo posterior á la pérdida; en una palabra el contrato queda disuelto. Del mismo modo, si la cosa arrrendada ha perecido en parte ó ha sufrido deterioros, el arrendatario tiene derecho para el porvenir aun á una reducción proporcional del precio (2). Hay más: si, en razón de la pérdida parcial ó del deterioro la cosa no podía ya servir para el uso á que estaba destinada, el arrendatario tendría la opción entre la reducción del precio y la recisión del arrendamiento, porque puede considerar el contrato como desprovisto ya de objeto (3). Una aplicación especial del mismo principio ha sido hecha al arrendamiento de predios rústicos, en el caso de pérdida de la cosecha. El arrendatario puede, con motivo de esta pérdida, reclamar una reducción proporcional de la renta del mal año, por ejemplo, una reducción de la mitad si no ha recogido sino media cosecha (4) y por vía de consecuencia, la remisión completa de la renta si la cosecha ha sido nula. Pero para esto se requiere el concurso de las siguientes condiciones:

1. La pérdida de la cosecha ha de ser debida á un acontecimiento no solamente accidental, sino imprevisto al tiempo del contrato de arrendamiento. El arrendatario soporta la pérdida producida por un accidente que ha previsto ó debido preveer; en el caso no podría quejarse de la

---

(1) Véase más adelante § 115, II. Véase también Molitor, I, núm. 283 y Mommsen, I, § 29, p. 345 y 352. Arts. 2819 á 2821 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 25, § 2. Art. 2970 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(3) *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 25, § 2. Art. 2974 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(4) *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 15, § 7. *Contra:* Arts. 2973 y 2974 del Cód. Civ. del D. F. de México.

pérdida que le hiere, porque la ha tomado ó debido tomar en consideración al tiempo de la fijación de la renta. Si pues la pérdida se debe á intemperies como la helada, la lluvia, la sequía, el arrendatario no tendrá derecho á una reducción de la renta si no es que las intemperies hayan sido insolitas, fuera del curso ordinario de las estaciones (1). La renta deberá ser siempre reducida si la cosecha se ha perdido á causa de una invasión del enemigo (2) ó de un incendio accidental (3).

2. Debe haber perecido una parte considerable de la cosecha. No se atiende á pérdidas lijeras; en efecto, si, en el curso del arrendamienio, el arrendatario recoge cosechas aun de una abundancia excepcional, se aprovecha de ellas, y desde entonces es justo que soporte una pérdida lijera, aun cuando fuese imprevista (4), En cuanto á la cantidad de cosecha que debe haber perecido, el Derecho romano se refiere á la apreciación del juez.

3. La pérdida debe ser anterior á la percepción de los frutos. Si sobreviene después de esta percepción, por ejemplo, después de que el trigo ha sido cortado, aunque se encuentre todavía sobre el campo, el arrendador ha satisfecho su obligación de hacer gozar al arrendatario y por tanto este último debe llenar la suya, pagar el precio convenido.

4. Es preciso que el arrendatario no esté ya indemnizado por buenas cosechas anteriores, pues en este caso ya no ha sufrido ninguna pérdida con ocasión del arrendamiento (5). Por otra parte, la renta remitida desde luego en razón de un mal año, puede ser reclamada más tarde si

---

(1) *Dig*. lib. 19, tit. 2, l. 15, § 2. *Cod*. lib. 4, tit. 65, l. 8.
(2) *Dig*. lib. 19, tit. 2, l. 15, § 2.
(3) *Dig*. lib. 19, tit. 2, l. 15, § 3. Arts. 2975 á 2980 del Cód. Civ. del D. F. de México.
(4) *Dig*. lib. 19, tit. 2, l. 25, § 6, *initio*.
(5) *Dig*. lib. 19, tit. 2, l. 15, § 4. *Cod*. lib. 4, tit. 65, l. 8.

la pérdida es reparada por un año de abundancia (1). En resumen, el arrendador es admitido á compensar la pérdida de un año malo por el excedente de buenos años anteriores ó posteriores.

En fin, 5, es preciso que el precio del arrendamiento consista en una suma de dinero ó en una cantidad determinada de frutos (2). El colono parciario, es decir, el arrendatario que paga á título de renta entregando una cantidad de la cosecha de cada año, la mitad, una tercera ó cuarta parte, no puede jamás reclamar una reducción de esa cantidad por pérdida de cosecha. Porque s iel año es malo, obtiene ya por objeto natural del contrato, una reducción proporcional de la renta; no paga sino la mitad, la tercera parte, la cuarta de lo que paga por un año ordinario. Una finca de campo que produce por término medio 200 hectólitros de trigo es arrendada mediante partición igual de la cosecha entre el arrendador y el arrendatario; si la cosecha se eleva á 200 hectólitros, el arrendatario pagará 100; pero si la cosecha no da sino 100 hectólitros, no deberá pagar sino 50 y nada deberá en el caso de pérdida total de la cosecha (3).

B). Se sigue la misma regla en el arrendamiento de obra, ya tenga este contrato por objeto servicios en general (*locatio conductio operarum*) ó bien una obra determinada (*locatio conductio operis*). Si, á consecuencia de un accidente, el trabajo prometido no es prestado ó no lo es sino de una manera parcial, el obrero ó el empresario quedará libre en los límites de la imposibilidad que se ha producido; pero no tendrá derecho al precio convenido ó al menos no

(1) *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 15, § 4 *initio*.
(2) *Cod.* lib. 4, tit. 65, l. 8.
(3) *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 25, § 6. Art. 2325 del Cód. Civ. del D. F. de México.

podrá reclamarlo si no en cuanto hubiere satisfecho á su obligación. Asi el obrero es impedido por una enfermedad de prestar sus servicios en todo ó en parte; quedará libre por la duración de su enfermedad; pero no podrá exigir el salario correspondiente á ese período. El navío por el cual debía hacerse un transporte de mercancías, perece accidentalmente; el portador quedará libre; pero el precio del transporte no será debido, ni aun en parte; porque la obligación de tranportar mercancías es indivisible; ella no es cumplida de ninguna manera, mientras no lo es por todo el tiempo contratado, ó bien alguno se ha encargado de construir una casa, y el edificio comenzado es destruido por un temblor de tierra; el empresario deberá construir otra si la cosa es posible, y en caso contrario quedará libre; por razón del trabajo ya prestado, no tendrá derecho á ninguna parte del precio convenido, porque, una vez más, su obligación era indivisible. Sería de otro modo si la empresa tenía por objeto la construcción de muchos edificios distintos é independientes y uno de éllos, después de su entera conclusión, hubiera sido destruido por un temblor de tierra; en el caso habría ejecución parcial de la obligación del empresario y la parte correspondiente de precio sería debida. ¿Cuál es el fundamento de este sistema? Aquí igualmente se trata de una obligación continua; el contrato tiene por objeto una prestación prolongada en el curso del tiempo, en una palabra, una cosa futura; ahora bien, el precio de semejante cosa no es debido si no es que la cosa llegue á existir y en los límites en los cuales ella llega á existir (1). Siendo

(1) *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 15 § 6. Un *procurator Cæsaris* [magistrado investido de cierta competencia fiscal en las provincias] había encargado á un barquero del trasporte, ya de su persona, ya de objetos que le pertenecían. Le había pagado con anticipación el precio, para que lo guardase provisionalmente como dinero prestado; no siendo debido el precio sino después de que el transporte se hubiera efectuado, constituye naturalmente hasta este momento dinero prestado. El barco pareció y su pérdida hizo imposible el transporte. La

tal el motivo de la regla, es preciso también decidir que si la cosa futura, objeto del contrato, es decir la obra, llega á existir, el empresario adquiere un derecho absoluto al precio, lo mismo que en la venta, y este derecho no puede ya serle arrebatado por la pérdida subsecuente de la obra. La casa que había de construir el empresario es acabada; un temblor de tierra la destruye: el precio de la empresa es debido (1). Del mismo modo, en caso de ejecución

---

decisión es que el precio debe ser restituido y el jurisconsulto añade que ella se aplica á cualquiera persona, [Mommsen, I, § 31, p. 383. Vangerow, III, § 591, *Anm.* núm. VII *initio*, p. 214 y 215. *Contra:* Maynz, II, § 218, nota 15]. *Dig.* lib. 14, tit. 2, l. 10. De este pasaje resulta que el precio convenido por efectuar un transporte hasta un lugar determinado no es debido sino en tanto que el transporte se ha efectuado; si la cosa que se trata de transportar perece en el camino, el flete no puede ser reclamado. Véase también *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 15 que prueba que una casa parcialmente acabada está á riesgo del empresario, en el sentido de que, si ella perece accidentalmente, el empresario debe recomenzar el edificio. Estos textos se refieren al arrendamiento que tiene por objeto una obra determinada. Es preciso extenderlos por analogía al arrendamiento de servicios en general. *Non obstat Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 61, § 1. Alguien había tomado un navío en arrendamiento para trasportar mercancías de la provincia de Cyrene á Aquilea. Este contrato constituye menos una *locatio operis* que una *locatio navis* en vista de un transporte determinado. El navío arrendado fue entregado al arrendatario; pero después de que hubo sido retenido nueve meses en la provincia de Cyrene, el cargamento fué confiscado. Scævola decide que el precio convenido debe ser pagado y con razón; habiendo el arrendador puesto su navío durante nueve meses á disposición del arrendatario y no habiendo sido impedido el transporte sino por el hecho de este último, el arrendador había satisfecho á su obligación de hacer gozar al arrendatario conforme al contrato; desde entonces el precio era debido. Arts. 1459-1462-2501-2502-2512 á 2515 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(1) *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. l. 36 y 37. En la primera parte de la ley 36 Florentino supone que la obra emprendida perece por culpa del empresario; esto resulta claramente de la antítesis establecida antre el principio y el fin de la ley [*Si tamen vi majore opus . . . . . interciderit*]. No hay duda que semejante pérdida no recae sobre el empresario; poco importa que sobrevenga antes ó después de la recepción de la obra; pero el dueño que ha recibido la obra ó que está en mora de recibirla soportará la carga de la prueba. La hipótesis de la pérdida accidental es examinada por Florentino en la segunda parte de la ley 36 y por Javoleno en la ley 37. Los jurisconsultos suponen una obra *acabada*, porque figuraba en las condiciones requeridas para ser aprobada [*si tale opus fuit, ut probari deberet*, l. 37]; ahora bien no podría tratarse de aprobar una obra inconclusa. Y ellos estan de acuerdo para poner la pérdida accidental á cargo del dueño. Javoleno lo

parcial de la obra, el empresario puede reclamar la parte correspondiente del precio, no obstante la pérdida subsecuente; suponemos una ejecución parcial de la obra, en el sentido jurídico. Tal sería el caso en que alguno se hubiera encargado de la construcción de muchos edificios propios y distintos; si uno de estos edificios viene á perecer después de haber sido acabado, el dueño debe pagar su precio (1).

Contra lo que acabamos de enseñar, muchos autores son de opinión que en el arrendamiento de obra, el obrero ó el empresario á quien un accidente pone en la imposibilidad

---

decide así, aunque la obra no hubiera todavía sido concluida; se contenta con su terminación regular [Molitor, I, núm. 285. *Contra:* Mommsen, I, § 31, p. 371 á 375]. *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 62. A decir verdad esta ley no contiene ninguna disposición relativa á la pérdida accidental de la obra emprendida. Labeon había puesto una pérdida cualquiera á cargo del empresario. Paulo lo reprende con este motivo. La pérdida, dice, será para el empresario si es debida al vicio de la obra; evidentemente, porque entonces es imputable á él. Pero si la pérdida proviene de vicio del suelo, será para el dueño; en efecto, este es responsable del vicio de la materia prima que entrega al empresario. Paulo no nos dice lo que sería preciso admitir en el caso de una pérdida verdaderamente accidental, por ejemplo, en la hipótesis de un temblor de tierra. Tal pérdida sería para el dueño si sobrevenía después de la terminación de la obra; las leyes 36 y 37 citadas lo prueban [Mommsen, I, § 31, p. 375 á 377. El principio enunciado es admitido por Molitor, I, núm. 285, Mommsen, I, § 31, p. 377 y Windscheid, II, § 401, p. 511 y 512.]

(1) *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 59. En el caso de esta ley Jovaleno pone á cargo del dueño la pérdida accidental de una parte de la casa que se trataba de contrair. Hay que suponer que esta parte de casa formaba un edificio distinto cuya recepción estaba en su derecho para exigir el empresario. De otra manera Javoleno se contradeciría consigo mismo, porque en la ley 37 decide que el dueño no soporta el riesgo sino en tanto que la obra estaba acabada en el momento de la pérdida, *si tale opus fuit, ut probari deberet*. Véase antes nota de la pág. Véase también *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 15 y antes nota de la pag. Sobre el principio enunciado, Molitor, I, núm. 285; Mommsen, I, § 31, p. 378 y 379-385 y 386 y Windscheid, II, § 401, p. 512 y nota 10. Hemos seguido á Mommsen, Molitor y Windscheid admiten de una manera general que, si la obra parcialmente ejecutada perece por accidente, el empresario tiene derecho á la parte correspondiente del precio. Se seguia una regla especial para los abogados. Cuando la prestación de sus servicios había sido impedida por una circunstancia que no les era imputable, tenían si no el derecho de reclamar honorarios judicialmente, al menos el de guardar los honorarios recibidos [*Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 38, § 1; *Id.* lib. 50, tit. 13, l. 1, § 13 y *Cod.* lib. 4, tit. 6, l. 11.]

de prestar su trabajo no tiene menos derecho al precio convenido (1). Este sistema sería consagrado por muchos textos (2); pero es á la vez contrario á los principios generales y á las leyes positivas (3); tiene igualmente contra sí la analogía del arrendamiento de cosas, y los textos sobre los cuales se le funda no la prestan ningún apoyo (4). La opinión común nos es favorable (5).

C). En un caso particular el arrendador, el obrero ó el empresario impedido por un accidente de proporcionar el goce ó sus servicios, puede sin embargo reclamar el precio, á saber cuando el accidente se refiere á la persona del arrendador ó del dueño de la obra y en la misma época las cosas ó los servicios no han sido ni podido ser arrendados á otros. En efecto, en el caso, el contrato causa un daño al arrendador, al obrero ó al empresario; porque si éstos no hubieran con-

(1) Véase en este sentido Muhlenbruch, II, § 365, 4º y Moynz, II, § 218 y nota 15.

(2) *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 19, §§ 9 y 10 y l. l. 33-38 y 59, § 1. *Id.* lib. 1, tit. 22, l, 4; *Id.* lib. 50, tit. 13, l. 1, § 13.

(3) Véase antes nota de la pág.

(4) Eliminamos desde luego el *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 38, § 1 y el *Id.* lib. 50, tit. 13, l. 1, § 13 que conciernen á los honorarios de los abogados. No se podría deducir de ellos una regla general para el arrendamiento de obra. Los servicios de los abogados no eran objeto de un verdadero arrendamiento de obra; daban solamente lugar á un *coguitio extraordinaria* por pago de honorarios. La profesión del abogado estaba por lo demás fuertemente privilegiada bajo el Imperio [Véase nota 1 pág. 215. El *Dig.* lib, 19, tit. 2, l. 59 ha sido explicado en la nota 1 pág. 215 y daremos cuenta después del *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 19, § 9 y 10 y de la l. 38 y del *Dig.* lib. 1, tit. 22, l. 4. Queda el *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 33. He aquí el sentido, en nuestra opinión, de esta observación oscura de Africano. Uno había emprendido la construcción de una casa. A consecuencia de un vicio del suelo, la casa se había derrumbado. La pérdida es para el dueño, porque él responde del vicio de la materia prima suministrada al empresario. Asi entendida la ley 33 no hace sino reproducir la decisión categorica de la ley 62 *locati* [Véase antes nota 1 pág. 114]. Se podría también aplicarla al caso en que la casa *acabada* hubiera perecido á consecuencia de un accidente como un temblor de tierra; es el caso de las leyes 36 y 37 [Véase antes nota 1 pág. 114]. Sobre la ley 33 véase Mommsen, I, § 31, p. 379 á 381.

(5) Véase en nuestro sentido á Puchta, *Pand.* § 302 y *Vorles*, II, § 302; Molitor, I, núms. 284 y 285; Mommsen, I, § 30 y 31, p. 352 y 387; Vangerow, III, § 591, *Anm.* núm. VII y Windscheid, II, § 401, p. 509 á 512.

tratado con A habrían podido en general contratar con X ó con Y; A podía y debía prever, al tiempo del contrato, que circunstancias personales eran capaces de impedir la prestación del goce ó del trabajo (1).

III. *De la sociedad.* La cuestión de los riesgos y peligros en el contrato de sociedad se resuelve por una distinción: hay que ver si la aportación que el accidente ha impedido prestar, tenía por objeto la propiedad de una cosa ó el goce de ella ó servicios. En el primer caso se sigue la regla de la venta; en el segundo hay que conformarse á la regla del arrendamiento; los motivos de decidir son los mismos.

1º Cuando un socio debe poner en comun la propiedad de un cuerpo cierto (2) y éste perece por accidente antes de la tradición, el socio queda libre y á pesar de su liberación conserva sus derechos sociales; puede plenamente reclamar su parte en las utilidades de la sociedad. En efecto, si la tradición de la cosa se hubiera verificado inmediatamente después de la conclusión del contrato, el socio hubiera satisfecho su obligación frente á frente de la sociedad, y por tanto la pérdida subsecuente de la cosa no lo habría ciertamente privado de sus ventajas sociales. Ahora bien, debe

---

(1) *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 19, § 9. El § 10 de esta ley aplica el mismo principio al caso en que los asesores de un *legatus Cæsaris* [gobernador de una provincia imperial] han sido impedidos por la muerte de éste, de prestar sus servicios. Ellos tienen derecho á su salario por el tiempo que todavía restaba, con tal que durante este tiempo, ellos no hubieran asistido á otro magistrado. El *Dig.* lib. 19, tit; 22, l. 4 reproduce là l. 19, § 10 citada, añadiendo que los asesores no podrían reclamar el salario, si el *legatus Cæsaris* había sido reemplazado antes del plazo, quizá porque sus servicios no eran contratados sino hasta su remplazo [Pothier, *Pand*, I, 22, núm. 9, nota k]. El *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 38 debe ser también aplicado al caso en que el obrero hubiera sido impedido de prestar su trabajo por un accidente relativo al dueño. El principio es reconocido por Mommsen, I, § 30, p. 354 y 359 y Vangerow, III, § 591, *Anm.* núm. VII, al menos para la *locatio operarum.* Debe ser extendido por analogía á cualquier arrendamiento.

(2) Si la aportación tiene por objeto una cosa que es solamente determinada en cuanto á su género ó bien una cantidad de cosas fungibles, el socio deudor no queda jamás libre por el caso fortuito [*Dig.* lib. 17, tit. 2, l. 58, § 1].

ser lo mismo cuando no ha dependido sino de sus consocios recibir inmediatamente la entrega; el retardo de éstos últimos no debe mejorar su condición. Con mayor razón será asi cuando la cosa cuya propiedad debía ser comunicada á la sociedad, ha perecido accidentalmente después de haber sido puesta en común, y aquí no hay lugar á preguntarse si la aportación tenía ó no primitivamente por objeto un cuerpo cierto, porque la aportación realizada es siempre un cuerpo cierto (1).

2º Cuando, al contrario, un socio debe proporcionar á la sociedad el goce de una cosa ó servicios, y un accidente lo pone en la imposibilidad total ó parcial de cumplir esta obligación, él queda á la verdad libre en los límites de la imposibilidad; pero pierde proporcionalmente sus derechos sociales; queda excluido de la partición de las utilidades de la sociedad en proporción de la inejecución de su obligación. La razón es que la obligación de procurar el goce ó de prestar los servicios durante el tiempo de la sociedad es continua, recae por consiguiente sobre una cosa futura y el precio de ésta, en el caso, la parte social, no es debido si no es que la cosa futura llegue á existir y en los límites en que llega á la existencia (2).

---

(1) *Dig.* lib. 17. tit, 2, l. 58 pr. y § 1.

(2) *Dig.* lib. 17, tit. 2, l. 58 pr. El ***principium*** de la ley 58 se ocupa especialmente de una aportación de goce; el fin del ***principium*** y el § 1 suponen una aportación de propiedad. El jurisconsulto, al hablar del caso principal del ***principium***, dice en términos positivos, que el objeto de la sociedad era vender la cuadriga y no tenerla en comun; se trataba, pues, de una aportación ***quoad usum*** Y ¿cuál es su decisión para el caso de pérdida accidental de tal aportación? Ella no es menos clara: la sociedad que disuelta y el socio cuyo caballo ha perecido, no tiene derecho á una parte del precio de los caballos de su consocio; ha perdido, pues, can su aportación sus utilidades sociales.

Hacia el fin del ***principium*** de la ley 58 Ulpiano pasa á la hipótesis de una aportación en propiedad; él es también muy explícito. Decide que la sociedad subsiete. Esta persistencia de la sociedad entre los dos socios no puede significar sino una cosa, á saber, que el socio cuyo caballo ha perecido, conserva sus derechos sociales.

Es por otra parte evidente que, si la realización del objeto social se ha hecho imposible en razón de un caso fortuito, la sociedad será disuelta (1), y entonces, según que el socio impedido de prestar su aportación conserve ó no sus ventajas sociales, obtendrá ó no su parte social (2).

IV. *De los contratos inominados*. Se llaman contratos innominados todos los que consisten en una prestación he-

---

Siendo tal la significación cierta del *principium* de la ley 58, el sentido del § 1 de la misma ley no podría ser dudoso. Se trata todavía de una aportación de propiedad, la aportación consistía en dinero acuñado; ahora bien una aportación de monedas no tiene utilidad si no se puede gastarlas y para esto es preciso ser propietario de ellas [Véase más adelante en esta obra, § 153]. Uno de los socios había puesto en común su aportación pecuniaria y esta había perecido accidentalmen.e. Según Ulpiano, la pérdida es para ambos socios. Esta decisión no significa solamente que los dos socios hechos copropietarios del dinero lo pierdan lo que no es sino una verdad trivial, sino sobre todo que el socio cuya apotación ha perecido, conserva sus derechos sociales. Si se agrega el § 1 del fin del *principium* á la ley 58, no queda ninguna duda sobre este punto; en ambos casos se trata de una aportación de propiedad, y por consiguiente en el uno como en el otro, el socio debía conservar sus ventajas sociales, á pesar de la pérdida accidental de su aportación.

Dig. lib 17, tit. 2, l. 52, § 3. He aquí la explicación de este pasaje. Dos personas habían concertado una sociedad [52, § 3]; una de ellas había puesto ganado que la otra se había obligado á guardar y á sostener; el ganado había sido estimado [152, § 3 initio]. Debía ser vendido más tarde, y el producto de la venta debía repartirse en cierta proporción entre los dos socios. El ganado fué robado ó pereció en un incendio [152, § 3, initio]. Si hay culpa de parte del socio guardian del ganado, ciertamente él será responsable [152 § 3]; pero en el caso de un accidente, la pérdida del ganado será soportada por los dos socios [152. § 3, initio]. El caso de esta ley es análogo al de la ley 58 initio. Solamente, en la ley 52 § 3, todo el haber social había perecido y por consiguiente no podía tratarse de la conservación de los derechos sociales para cada uno de los socios. Se sigue de aquí que cada uno perderá su aportación pura y simplemente y sin compensación; uno perderá su ganado, el otro sus gastos de sosteuimiento [Mommsen, I, § 33, p. 411]. Por derogación de la regla general sobre los riesgos y peligros en la sociedad, los derechos sociales quedarían intactos, si el accidente que ha impedido la prestación del goce ó del trabajo, fuese relativo á la persona de los socios y el socio deudor de la aportación no hubiera llegado á arrendar á los otros su cosa ó sus servicios [Arg. *Dig*. lib. 19, tit. 2, l. 19, § 9].

(1) *Dig*. lib. 17, tit. 2, l. 63, § 10.

(2) *Dig*. lib. 17, tit. 2, l. 58. Sobre los riesgos y peligros en el contrato de sociedad véase á Molitor, I, núm. 287; Mommsen, I, § 33, p. 405 y 414: Maynz, II, § 226-3º, § 228 y nota 17 y Windscheid, II § 406, 1º

cha en vista de una prestación recíproca, salvo que se de esta calificación al préstamo de consumo, al comodato, al depósito y al contrato de prenda. Los principales contratos de esta especie son el cambio, el contrato estimatorio, la transacción y el precario. El contrato innominado no es perfecto por el solo consentimiento de las partes; la simple convención consensual no constituye sino un pacto desprovisto de acción, á menos que haya sido completado por la forma de la estipulación. El contrato innominado no existe sino cuando una de las partes ha ejecutado la prestación que le incumbe; entonces solamente hay una obligación civil. La parte que ha ejecutado su obligación, puede demandar la ejecución de la prestación recíproca por la acción general ó innominada *praescriptis verbis*. Pero ella tiene todavía otro derecho: puede demandar la resolución del contrato contra el cocontratante que no hubiera cumplido con ejecutar su prestación recíproca y repetir lo que ella misma ha pagado; dispone á este fin de la *condictio causa data causa non secuta* (1). ¿Quién soporta los riesgos y peligros con ocasión de estos contratos? Tres hipótesis se presentan.

1º No hay dificultad si, antes de toda ejecución del contrato, una de las partes es impedida por un accidente de ejecutar su prestación. Es evidente que esta parte se ha hecho impotente para perfeccionar el contrato real; pero la parte adversa no lo puede tampoco, ejecutando la prestación que le incumbía, porque ella no puede ya ejecutar esta prestación en vista de una prestación recíproca; el *facio ut fácias* se ha hecho imposible. De aquí la consecuencia de que si por error, ella había ejecutado su prestación, estaría autorizada para repetirla (2).

---

(1) Para las reglas generalee sobre los contratos innominados véase adelante en esta obra § 83, II, 3º y § 101, 1º

(2) *Dig*. lib, 12, tit. 4, l. 16. Es preciso entender este pasaje como sigue:

2º Una de las partes ha ejecutado la prestación que le incumbe; el contrato innominado ha llegado á existir; un caso fortuito subsecuente hace perecer la cosa recibida. Es necesario considerar la naturaleza de la prestación recibida; ver si ella consiste en una traslación de propiedad ó en el goce de una cosa ó en servicios. Si ha habido traslación de propiedad, la prestación recíproca quedará debida á pesar de la pérdida accidental de la cosa recibida; en efecto, el contratante que ha hecho la dación ha satisfecho á su obligación, y desde entonces la parte adversa debe ejecutar por su parte la prestación á la cual se ha obligado; ella soporta la pérdida accidental de la cosa recibida. Sucede lo mismo si la prestación recibida tiene por objeto el goce de una cosa ó servicios, y este goce ó tales servicios han sido completamente prestados; el motivo es idéntico. Pero si la prestación del goce ó de los servicios no ha sido sino parcial, la prestación recíproca no será debida sino en la misma proporción; en efecto, la prestación recíproca constituía el precio del goce ó de los servicios que se trataba de prestar; era el precio de una cosa futura; ahora bien, este precio no podía ser debido sino en tanto que la cosa futura llegase á existir.

3º Después de la ejecución de una de las prestaciones, la parte que la ha recibido, es impedida por un accidente de prestar su propia prestación, en todo ó en parte. Esta

---

Estabamos comprometidos el uno hacia el otro, yo á *daros* una suma de dinero; vos á *darme* á Stichus. Esta convención no constituia una venta, porque el vendedor no está obligado *ad dandum* sino solo *ad tradendum;* había más bien convención de cambio en razón de la dación recíproca impuesta á los contratantes. El esclavo Stichus muere; despues, en la ignorancia de esta muerte, yo os había dado el dinero prometido. Puedo repetirlo, porque el contrato *do ut des* no ha podido existir. Por el contrario, si hubiera habido venta en el caso, la pérdida de Stichus posterior al contrato no me habría dispensado de la obligación de pagar el precio, ni permitido repetirlo. Hemos supuesto que Stichus había ya muerto el día del pago del dinero; las palabras *si mortuus est Stichus* militan en este sentido; la muerte posterior al pago del dinero habría exigido el futuro *mortuus erit*; en lugar del presente *mortuus est*.

última obligación quedará ciertamente extinguida en los límites de la imposibilidad que se ha producido; pero ¿la prestación recibida podrá ser guardada ó estará sujeta á restitución? (1) Hay que hacer la misma distinción que en la hipótesis precedente. Si la psestación hecha imposible consistía en una traslación de propiedad, la cosa recibida podrá ser guardada, con el mismo título que el precio de venta pagado al vendedor puede ser retenido por éste, no obstante la pérdida accidental de la cosa vendida. Pero si la prestación recíproca tenía por objeto el goce de una cosa ó servicios, la prestación recibida estará sujeta á repetición, en todo ó en parte, como el precio del arrendamiento que hubiera sido pagado por anticipación, puede ser repetido en todo ó en parte, si el goce ó los servicios no han sido prestados ó no lo han sido sino parcialmente. Tomemos casos particulares. A conviene con B en darle su caballo en cambio de un buey; A da su caballo; pero el buey de B perece antes de haber sido entregado. B quedará libre y sin embargo podrá retener el caballo que ha recibido (2). A se compromete á pagar cien hectolitros de trigo á B, á condición de que éste le suministre el goce de una casa ó le preste ciertos servicios; él paga los cien hectolitros de trigo, mientras que un accidente impide á B cumplir con su obligación recíproca. B quedará libre; pero deberá volver el trigo que ha recibido (3). En fin, A entrega una cosa á B

(1) Nos colocamos en la hipótesis de una restitución posible; si es imposible en razón de la naturaleza de la prestación recibida, lo cual sucederá frecuentemente si la prestación consiste en un puro hecho, la cuestión propuesta no tiene razón de ser [Mommsen, I, § 32, p. 391].

(2) *Dig*. lib. 19, tit. 5, l. 5, § 1. *Cod*. lib. 4, tit. 6, l. 10. Estos dos textos son categoricos. En cuauto al *Dig*. lib. 12, tit. 4, l. 16 contiene sin duda ótra decisión; pero para caso diverso [Véase nota 2 de la pág. 120·

(3) *Dig*. lib. 12, tit. 4, l. l. 5, §§ 3 y 4 y 3, §§ 3 y 4. Según la ley 5 uno había recibido dinero para hacer un viaje á Capua en interes del que pagaba; pero el estado de su salud ó el mal tiempo le habia impedido ponerse en camino. Ulpiano decide que el dinero, dado puede ser repetido, hecha deducción de los gastos legítimos erogados en vista del viaje. En la ley 5, §§ 3 y 4 Ulpiano supone que el dueño de un esclavo había recibido algo por emanciparlo. La emancipa-

sobre estimación, para que la venda al precio estimado y le tome cuenta de la estimación (contrato estimatorio); la cosa perece fortuitamente antes de la venta. B quedará libre; pero no podrá reclamar nada de A (1).

En contra de lo que acabamos de enseñar, muchos autores admiten de una manera general y sin distinciones que si, con ocasión de un contrato innominado, la prestación recíproca se hace imposible por causa de un accidente, la cosa recibida puede ser guardada, aun cuando la prestación recíproca tuviera por objeto el goce de una cosa ó servicios. (2). Otros defienden de una manera no menos absoluta la regla inversa sobre que la cosa recibida está siempre sujeta á repetición, aunque la prestación recíproca consista en una traslación de propiedades (3). Uno y otro sistema nos parecen contrarios á los principios generales y á los textos (4).

---

ción se hizo imposible á consecuencia de la muerte ó de la fuga del esclavo, sin que el dueño estuviese en retardo de emanciparlo. Rehusando el jurisconsulto la repetición en muchos casos particulares, la acuerda sin embargo en tesis general [l. 5, § 3, l. 5, § 4]. La ley 3, §§ 3 y 4 parece contradecir á la ley 5, § 4. El dueño de un esclavo había recibido ó estipulado dinero por manumitirlo en cierto plazo y el esclavo habia muerto en el curso de este plazo. La ley 3, §§ 3 y 4 estatuye de una manera absoluta que el dinero es debido. Pensamos que debe ser completada por la ley 5, § 4. En efecto el último texto trata la cuestión en detalle; el dinero no será debido sino en los diversos casos particulares indicados en esta ley, mientras que la 3, §§ 3 y 4 no hace sino tocarla; es, pues, la ley 5, § 4 là que contiene el verdadero pensamiento del legislador.

(1) Y notablemente tampoco el salario fijo que él ha podido estipular, independientemente del exceso de precio de venta sobre la estimación [*Dig.* lib. 19, tit. 3, l. 2]. En efecto, el *Dig.* lib. 19, tit. 5, l. 17, § 1 decide que el comisionista no responde de la pérdida accidental de la cosa, á menos que se haya ofrecido para venderla; no se trata de una renumeración por su trabajo.

(2) Arg. del *Dig.* lib. 12, tit. 4, l. l. 3, §§ 3 y 4 y 5ª Véase en este sentido Mommsen, I, § 32, p. 390 á 396, Vangerow, III, § 591, *Anm.* núm. IV, 2º p. 208 á 211 y Maynz, II, § 243, II, p. 338 á 340.

(3) Doneau, *Coment, jur. civ.* XIV, c. 21. Gluck, *Pand.* XIII. § 823, p. 46, 48.

(4) Hemos dado cuenta en la nota pág. de las leyes que se nos oponen Véase en nuestro sentido Molitor, I, núms. 288 y 289.

V. DEL CONTRATO ENFITÊUTICO. El contrato enfitéutico tiene la misma naturaleza que el arrendamiento de cosas; como éste, tiene por objeto el goce de una cosa. Así, cuando todo el fundo enfitéutico viene á perecer accidentalmente, el enfiteuta queda libre por el período subsecuente de la obligación de pagar la renta convenida (1). Pero, á diferencia del arrendatario ordinario, él no tiene derecho á ninguna reducción de la renta, ni por pérdida parcial ó deterioro del inmueble, ni por cosecha frustrada. La razon es que él es asimilado al propietario para los riesgos como para las ventajas de la cosa, al menos durante tanto tiempo cuanto su derecho conserva un objeto (2).

SECCIÓN III. DE LA MORA

Digesto, lib. 22. tit. I *de usuris et fructibus etcausis et omnibus accessionibus et mora.*

§ 18. OBSERVACIONES GENERALES

1º La mora [*mora*] es un retardo culpable en la ejecución de la obligación, ya por el deudor, ya por el acreedor. Así, una mora es posible de parte del deudor y de parte del acreedor; el primero puede estar en mora de hacer el pago, el segundo en mora de recibirlo; se distingue una *mora debitoris vel solvendi* y una *mora creditoris vel accipiendi*. Pero una condición esencial de la mora es la culpa; la mora es más que un simple retardo material en la ejecución de la obligación; es un retardo culpable é imputable á una de las partes (3). El deudor ó el acreedor no estará, pues en mora, si ha sido impedido de presentarse en el lugar del

(1) *Inst.* lib. 3, tit. 24, § 3. *Cod.* lib. 4, tit. 66, l. 1.
(2) *Id. Id. Id.*
(3) Sin duda la palabra *mora* es á veces aplicada al simple retardo de una de las partes [*Dig.* lib. 22, tit. 1, l. l. 9, § 1 y 38, § 6] y este simple retardo pro-

pago á causa de un accidente, como una enfermedad, la interrupción de comunicaciones, un naufragio ó la privación de la libertad (1). El deudor no estará tampoco en mora si ha sido despojado del dinero destinado al pago y no ha podido tomar prestado otro inmediatamente ó bien si tenía justos motivos de dudar, sea de la existencia del crédito, sea de la cualidad del acreedor ó de su representante (2) etc. (3). Nos fundamos sobre las siguientes consideraciones. En primer lugar, nadie responde de los casos fortuitos; esta regla no es solamente verdadera para la inejecución completa de la obligación, sino que debe aplicarse también á la ejecución tardía; sería ilógico admitirla bajo el primer aspecto y excluirla bajo el segundo. El deudor ó el acreedor en mora está obligado á reparar todo el daño que por su retardo ha causado á la parte contraria, y en particular el deudor en mora debe en ciertos límites, pagar el valor de la cosa que ha perecido fortuitamente después de su mora (4); ahora bien esta responsabilidad no se comprende sino sobre el fundamento de una culpa. Un segundo argumento nos es proporcionado por la necesidad de una interpelación para constituir al deudor en mora (5); esta interpelación es presisamente requerida porque la mora del deudor supone una culba; que se suprima la condiclón de la culpa y la interpelación no tiene ya razón de ser. En tercer lugar para ca-

---

duce también efectos jurídicos; para no citar sino uno solo, si el deudor está en retardo de pagar, el acreedor puede ejercer todos los derechos anejos á su crédito. Pero esta acepción de la palabra *mora* es impropia. Art. 1439-1441 y 1459 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(1) *Dig*. lib. 22, tit. 1, l. 23. Este texto menciona también el caso en que el deudor ha debido hacer una ausencia por causa de utilidad pública, tan subitamente que no ha tenido tiempo de constituir un mandatario.

(2) *Dig*. lib. 16, tit. 3, l. 13 é *Id*. lib. 50, tit. 17, l. 42.

(3) *Dig*. lib. 16, tit. 3, l. 1, § 22; *Id*. lib. 22, tit. 1, l. l. 21 y 22.

(4) Véase más adelante § 21, I, 1º Art. 1462 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(5) Véase adelante § 19, II.

racterizar la mora del deudor ó del acreedor, nuestras fuentes emplean habitualmente las locuciones: *per eum stetit* ó *factum est quo minus daret, traderet solveret* ó *acciperet* (1); es preciso que haya estado en poder del deudor ó del acreedor que el pago se hiciese; en una palabra, el deudor ó el acreedor debe ser culpable; tal es la significación absolutamente general de las locuciones mencionadas (2). Además, un texto dice que la cuestión de si el deudor se encuentra en mora es de hecho más bien que de derecho, que ella no puede ser resuelta por una regla jurídica y que, en cada caso particular debe ser apreciada por el juez, atentas las circunstancias (3); ahora bien estas observaciones no adquieren su pleno sentido sino cuando, con motivo de la mora del deudor, el juez debe investigar su culpabilidad. En fin nuestra doctrina es confirmada de una manera directa por muchas leyes romanas (4). Sin embargo, muchos autores enseñan que la mo-

---

(1) *Dig.* lib. 17, tit. 1, l. 37; *Id.* lib. 19, tit. 1, l. 51, § 1; *Id.* lib, 45, tit. 1, l. 49, § 3 y l. 114. Arts. 1423-1424 y 1425 del Código Civil del Distrito Federal de México.

(2) *Dig.* lib. 38, tit. 1, l. 15; *Id.* lib. 50, tit. 13, l, 1, § 13.

(3) *Dig.* lib. 22. tit. 1, l. 32.

(4) *Dig.* lib. 12, tit. 1, l. 5. El deudor soporta la pérdida accidental de la cosa debida si ella se produce después de su mora [*si id postea perierit, quam per te factum erit quamimos id mihi dares*]. ¿Qué es preciso entender por estas últimas palabras? se pregunta Ponponio; no se puede, dice, aplicarlas á un deudor impedido de pagar, ni aun á aquel que tuviera justos motivos para ignorar su deuda. *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 91, § 3. Al principio del pasaje Paulo establece el principio de que la obligación es perpetuada [es decir, que el deudor debe la estimación de la cosa que perece accidentalmenie], siempre que es culpable [*quoties culpa intervenit debitoris*]. Pero ¿cuándo el deudor es culpable? Lo será desde luego, si por su hecho se ha puesto en la imposibilidad de hacer el pago; lo será también si se ha constituido en mera [*si . . . . moratus fuerit*]. El jurisconsulto considera, pues, abiertamente la mora como el resultado de una culpa. *Dig.* lib. 16, tit. 3, l. 1, § 22. Un depositario no restituye inmediatamente la cosa depositada, porque la ha dejado en provincia ó colocado en un granero momentaneamente inaccesible. No comete ningun dolo, dice Ulpiano, y quiere ciertamente enseñarnos por esto que el depositario no está en mora de restituir. La mora es excluida á pesar de la existencia de un impedimento personal del deudor, porque éste no ha cometido ninguna culpa. Arts. 1439 y 1441 del Cód. Civ. del D. F. de México.

ra es solamente excluida por un impedimento absoluto de pagar, como la pérdida accidental de la cosa debida, ó por un impedimento relativo á la parte contraria; que si el deudor ó el acreedor estuviese impedido de hacer ó de recibir el pago por circunstancias personales, estaría en mora aun cuando estas circunstancias no le fueran imputables; en este sentido la mora sería independiente de la culpabilidad de la parte en retardo; el simple retardo material sería suficiente. Pero esta teoría debe ser rechazada por los motivos que acabamos de exponer, y los textos sobre los cuales se la funda, no la confirman en manera alguna (1).

---

(1) *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 137, § 4. He aquí la explicación de este pasaje: Uno había prometido dar 100, sin tener los fondos en su casa. ¿Acaso esta promesa es pura y simple, se pregunta Venuleyo, ó bien es hecha á plazo, de tal manera que la deuda no sería exigible sino después que el promitante hubiera llegado á procurarse los fondos? La promesa es pura y simple, responde el jurisconsulto; la imposibilidad de procurarse los fondos es puramente personal del deudor y él soporta sus consecuencias; debe imputarse á sí mismo haber prometido sin plazo fondos que no tenía en su poder. Si la promesa de que se trata contenía un plazo, entonces sería preciso considerar también como á plazo la promesa de aquel que, encontrandose en Roma, se hubiera obligado á pagar el esclavo Stichus que estaba en Efeso, y no existiría ya diferencia entre esta promesa y la de pagar Stichus en Efeso. Hay más: en razón de una imposibilidad relativa se llegaría á libertar de su obligación á aquel que ha vendido el esclavo de otro y que no llega á determinar el propietario que le ha vendido á él. La ley de Venuleyo es, pues, extraña á la cuestión de la mora; el jurisconsulto se limita á decidir que un impedimento temporal que experimenta el deudor de ejecutar su obligación, á consecuencia de una causa relativa á su persona, no difiere la exigibilidad de la deuda; ésta permanece pura y simple. Otra cosa es saber si el deudor estará inmediatamente en mora; no lo estará si no es que el retardo le sea imputable, lo que supone al menos que ha sido interpelado para pagar. *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 3, § 4. Según Pomponio, para que el comprador esté en mora de recibir la cosa vendida, es preciso que el vendedor no haya puesto ningún obstáculo á la tradición, y sobre todo debe haber estado, en cualquier tiempo, pronto á Seentregarla; en una palabra son necesarias ofertas de pago de parte del vendedor. concluye de esto que tales ofertas bastan para constituir al comprador en mora; no se atendería á un impedimento legítimo del comprador. La conclusión es abiertamente falsa. Pomponio cita una condición de la mora del acreedor; no resulta de esto que no haya alli sino una sola, *Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 18. Un acreedor en virtud de un constituto [pacto sobre posesión con goce pero sin propiedad de un mueble ó de inmueble] había sido impedido de recibir el pago en el día convenido, á consecuencia de una enfermedad, de mal tiempo ó de violencia. Es

2º La mora del deudor ó del acreedor supone pues, una culpa. Pero ¿cuál es esa culpa? Pensamos que es la culpa leve ó la culpa grave, conforme á las reglas sobre la prestación de culpa, tal como han sido determinadas antes para el caso de inejecución total de la obligación (1). Se pregun. en efecto por qué una parte sería tratada más ó menos severamente en el caso de un retardo en la ejecución de la obligación que cuando se tratade una inejecución completa; la responsabilidad debe evidentemente ser la misma en las dos hipótesis, y cualquiera distinción sería arbitraria. Se ha pretendido sin embargo que la mora exige siempre un dolo ó bien una culpa grave; que una culpa leve es insuficiente (2).

3º En lo que concierne á los efecios de la mora, sea del deudor, sea del acreedor, el principio general es que la parte en mora debe reparar todo el daño que ella causa á la

---

él quien sufre por esto, dice Ulpiano. Si piensa que el jurisconsulto entiende decir por esto que el acreedor está en mora de recibir, Es un error. El acreedor sufrirá ya del impedimento en el sentido de que no habrá sido pagado en el día convenido y no podrá sostener que el deudor está en mora de pagar ni aun invocar el beneficio de las convenciones hechas para el caso de falta de pago [*Dig.* lib. 18, tit. 3, l. 8 é *Id.* lib. 22, tit. 1, l. 9, § 1]. Véase en nuestro sentido Molitor, I, núm. 347; Vangerow, III, § 588, *Anm.* I y Maynz, II, § 179 y notas 3 y 4. Mommsen, I, § 23, p. 263 á 267 y III, § 2, 8 y 17, defiende la misma opinión; pero no admite que el acreedor pueda prevalerse de un error para justificar su denegación de ofertas. Esta excepción es insostenible. *Contra:* Gluck, VIII, § 606, p. 426 y 427; Mackeldey, II, § 345, 3º; Puchta, *Pand.* § 268, nota á, § 269 nota h, y Sintenis, II, § 93. Art. 1459 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(1) §§ 13 y 14.

(2) El *Dig.* lib. 12, tit. 1, l. 5 y el *Id.* lib. 22, tit. 1, l. l. 21 22 no son de ninguna manera contrarios. Sin duda la primera ley considera el dolo del deudor como causa de la mora; pero ella asimila á este caso aquel en que el deudor tenía justos motivos de comprender que debía pagar; siendo de buena fe y aun sin haber cometido una culpa grave, se puede tener semejantes motivos. [Véase nota pág.]. En los términos del *Dig.* lib. 22, tit. 1, l. l. 21 y 22 el deudor que rehusa pagar, alegando una excepción, no está en mora, con tal de que sea de buena fe. El motivo es bien sencillo; este deudor está también exento de culpa; su buena fe excusa completamente su negativa de pagar. Véase en este sentido Maynz, II, § 179 nota 4. *Contra:* Molitor, I, núm. 347 y Mommsen, III, p. 23 y 24 y § 8, p. 67 y 68.

parte contraria. Este principio no es sino un corolario del otro, que toda mora implica una culpa, y cada uno está obligado á reparar el daño resultante de su culpa (1). Nos limitamos á hacer constar aquí el efecto general de la mora. Vamos ahora á examinar en detalle las condiciones y los efectos de la mora del deudor ó del acreedor y terminaremos por su cesación.

§ 19. *Condiciones de la mora del deudor.*

I. La mora del deudor supone ante todo una deuda susceptible de ser eficazmente reclamada ante los tribunales; en caso contrario, el deudor que rehusa pagar, no es culpable y una culpa es esencial para la mora (2). Luego una deuda nula de pleno derecho, tal como una deuda de juego ó una deuda de intereses usurarios, no puede dar lugar á mora (3). Es preciso decir otro tanto de una deuda paralizada por una excepción perentoria como la excepción de dolo ó de violencia [4]. En fin, no admiten mora las obligaciones naturales [5], condicionales ó á plazo, estas dos últimas al menos en tanto que la condición está en suspenso ó que el plazo no ha expirado [6].

II. Para que el deudor esté en mora, el acreedor debe haberlo inútilmente interpelado á pagar [*interpellare, interpellatio*]; en efecto, mientras no se le demanda para el pago, el deudor puede abstenerse de pagar sin cometer culpa alguna, y sin culpa no hay mora [7].

---

(1) *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 114; *Id.* lib. 36, tit. 6. l. 8. Art. 1439 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) *Dig.* lib. 50, tit. 17, l. 88.

(3) *Id. Id. Id.*

(4) *Dig.* lib. 12, tit. 1, l. 40; *Id.* lib. 31, *de leg.* II, l. 78.

(5) *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 127.

(6) *Dig. eod.* l. 49, § 3. Arg. de los arts. 1338 del Cód. Civ. y 1814 fr. III del de Proced. Civ. y 1423 del primero del D. F. de México.

(7) *Dig.* lib. 22, tit. 1, l. 32. Art. 1423 del Código Civil del Distrito Federal de México.

A). La interpelación de que se trata no es otra cosa que una invitación á pagar; el acreedor debe manifestar de una manera cierta la intención de ser pagado y esta sola manifestación basta. Según esto:

1º No se puede considerar como una interpelación una declaración vaga y general del acreedor relativamente á la deuda; un simple recuerdo de ella es insuficiente [1]. El envío de una cuenta no pagada no es sino un recuerdo de la deuda y por tanto no implica una interpelación. Por el contrario, el envío de una cuenta pagada manifiesta claramente la voluntad de ser pagado desde luego, y desde entonces constituye una interpelación. Esta no exige por lo demás una amenaza de demanda judicial. No requiere ninguna forma y puede hacerse judicialmente por la notificación de una cita ó extrajudicialmente, por escrito ó de viva voz, salvo que, en este último caso. habrá que probar la interpelación por testigos [2].

2º La interpelación debe hacerse por el acreedor ó por su representante [3]. El acreedor debe ser capaz de recibir el pago; si no es asi la invitación de pagar no tiene objeto; cuando el acreedor es incapaz de recibir el pago, la interpelación debe hacerse, ya con la autorización del tutor ó el consentimiento del curador, ya por el tutor ó el curador mismo [4]. Independientemente de éstos, la interpelación puede hacerse por un mandatario, con tal de que el mandato recaiga especialmente sobre la interpelación ó que ella entre en los límites del mandato [5]. El derecho de inter-

---

(1) *Dig*. lib. 22, tit. 1, l. 32. Arts. 1424 y 1425 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) Arg. *Dig*. lib. 45, tit. 1, l. 122, § 3.

(3) Arg. *Dig*. lib. 22, tit. 1, l. 32, § 1. *Id. Id.* l. 24, § 2.

(4) *Dig*. lib, 22, tit. 1, l. 17, § 3. Art. 497 del Código Civil del D. F. de México.

(5) *Dig*. lib. 22, tit. 1, l. 24. § 2. No hay en esto, según la advertencia de Paulo, adquisisión de un crédito por una persona libre; sino un simple servicio

pelar pertenece, pues, al mandatario investido de la administración de todos los bienes del acreedor, asi como á aquel á quien el acreedor ha encargado de demandar al deudor ó de cobrar la deuda [1]. Es necesario por lo demás que el acreedor ó su representante establezca su calidad, si ella puede ser dudosa para el deudor, por ejemplo si el acreedor no es sino un heredero ó un cesionario, si hay duda sobre la tutela, la curatela, el mandato; el deudor que ignora la cualidad del autor de la interpelación, no incurre en ninguna culpa rehusando pagar [2]. Pero la interpelación hecha por un simple gestor de negocios es inoperante, por el motivo de que el deudor no debe ver en esto una invitación á pagar hecha según la voluntad del acreedor [3], poco importa que la gestión de negocios haya sido ratificada más tarde por el acreedor; porque el motivo de la regla subsiste. La interpelación hecha por el gestor de negocios no es válida sino cuando la deuda de que se trata resulta de la gestión misma; en este caso, siendo el gestor personalmente acreedor, interpela válidamente al deudor y lo constituye en mora frente á frente de sí mismo; ahora bien el dueño se aprovecha de esta mora como del conjunto de la gestión [4].

3º La interpelación debe hacerse al deudor ó á su representante (5). El deudor debe ser capaz de pagar; de otra manera la interpelación de pagar no tiene objeto; si es

---

prestado por el mandatario, del mismo modo que aquel que, obrando por cuenta de una persona robada, sorprende á un ladron en flagrante delito, adquiere para el robado la *actio furti manifesti*. Arts. 2350 y 2387 fr. VII del Cód. Civ. del D. F. de México.

(1) Mommsen, III, § 7, p. 51 y 52.

(2) *Dig*. lib. 16, tit. 3, l. 13 é *Id*. lib. 50, tit. 17, l. 42. Arts. 1631-1634 y 1635 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(3) *Dig*. lib. 3, tit. 5, l. 5.

(4) *Dig*. lib. 22, tit. 1, l. 24, § 2. Arts. 2416 y 2431 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(5) *Dig*. lib. 45, tit. 1, l. 24.

incapaz, hay necesidad de que sea interpelado con la autorización de su tutor ó el consentimiento de su curador, ó bien la interpelación debe hacerse al tutor ó al curador mismo (1). Puede también ser interpelado el mandatario del deudor, con tal de que haya recibido un mandato especial para el efecto de pagar, ó que esta autorización resulte implícitamente de otro mandato, por ejemplo de un mandato general; hecha á un mandatario que no está encargado de pagar, la interpelación de pagar carece de objeto (2). Un simple gestor de negocios del deudor no es válidamente interpelado.

4º La interpelación debe hacerse allí donde el arecedor puede exigir el pago (3). Sin embargo, por la naturaleza de las cosas, la interpelación judicial se hace válidamente en el lugar de la demanda.

5º En fin, la interpelación puede hacerse inmediatamente, si la deuda es pura y simple, y solamente después del vencimiento, si la deuda es á plazo (4).

B). En tres casos el deudor es constituído en mora independientemente de una interpelación; se llama entonces la mora *mora ex re*, ó poniéndosele bajo el nombre de *mora ex persona* la mora que resulta de una interpelación. (5).

1º Es posible que un término haya sido añadido á la obligación con el objeto de forzar al deudor á pagar preci-

---

(1) *Dig*. lib. 45, l. 24.

(2) Por esto la interpelación no puede hacerse á un mandatario *ad litem* del deudor. Resulta solamente del *Dig*. lib. 22, tit. 1, l. 23 que, si el deudor se ha ausentado por servicio público, sin haber dejado un mandatario *ad litem*, estará en mora mediante una protesta judicial, si ha podido constituir un mandatario, mientras que, en el caso contrario, la protesta judicial no lo constituirá en mora [Véase II, B. 3º de este párráfo]. *Contra:* Molitor. I, núm. 315. Sobre el conjunto de la cuestión Mommsen. III, § 7 et 28.

(3) Arg. *Dig*. lib. 22, tit; 1, l. 32.

(4) *Dig*. lib. 45, tit. l. l. 59, § 3.

(5) *Dig*. lib. 22, tit. 1, l. 32.

samente en el día convenido, de manera que la obligación no sea susceptible de ser útilmente ejecutada sino esa día. Compro caballos, estipulando que me serán entregados en la feria próxima; el vendedor está obligado á hacerme la entrega de ellos en esa época; ella no puede hacérseme útilmente sino entonces; la tradición posterior faltaría al objeto del contrato. Aquí el deudor estará en mora por sólo que no pague al vencimiento; una interpelación no es necesaria. En efecto, si el deudor obligado á pagar en día fijo no paga en este día, está manifiestamente en falta; hay de su parte un retardo culpable en la ejecución de la obligación; el retardo es de tal manera culpable que equivale á la inejecución total de la obligación; esta culpa existe fuera de una interpelación y por tanto el deudor debe estar en mora de pleno derecho. Por lo demás una interpelación no tendría objeto en el caso, porque ella no puede hacerse sino después del vencimiento y en este momento la ejecución de la obligación ha perdido su utilidad (1). Pero, salvo este caso particular, la sola expiración del término no constituye al deudor en mora; una interpelación es necesaria en las obligaciones á plazo, como en las obligaciones puras y simples. Nos fundamos ante todo sobre que la mora exige una culpa; ahora bien, si el plazo no impone al deudor la obligación de pagar en día fijo, el deudor no es culpable, no pagando á la expiración del plazo convenido. Tomemos un ejemplo. Uno ha hecho un préstamo reembolsable después de cinco años; los cinco años trans-

(1) *Cod.* lib. 4, tit. 49, l. 10. Arts. 1355-1356 y 1358- 1423-1426 del Cód. Civ. 1022 fr. I del de Proc. Civ. del D. F. de México. Sentencias; de la Excma. 3ª Sala del Trib. Sup. del D. F. de México, de 20 de Enero de 1857 [Gacet. de Trib. tom. 1, p. 544]; del Juzgado 6º de lo civ. del id. de 30 de Diciembre de 1861 [Id. Id. tom. 3, p. 526]: del Juzgado 1º de lo civ. del id. del 6 de Diciembre de 1854 [Id. Id. tom. 2, p. 350 á 353]; del id. id. de 22 de Diciembre de 1857; de la Excma. 3ª Sala del Sup. Trib. de Justicia de la Nación, de 14 de Agosto de 1860 [Gacet. de Trib. tom. 2, p. 35 y 36.

curren sin que el reembolso se haga. No se podría sostener que la falta de reembolso implica una culpa de parte del mutuatario; éste está en su derecho para creer que el mutuante, que no reclama la restitución del préstamo, no entiende exigirla y aun que desea mantener uua colocación ventajosa. La abstención del mutuatario es perfectamente legítima; no se puede exigir de él que vaya adelante de una demanda de su acreedor; la razón quiere que antes de dirigir un reproche al deudor, el acreedor lo invite á pagar. A esta primera consideración viene á agregarse una segunda. El plazo es muy generalmente establecido en interés del deudor; las partes no tienen otro objeto que diferir la exigibilidad de la deuda; ahora bien, si el deudor á plazo se encontrase en mora por la sola expiración del término el beneficio de éste se tornaría contra él; su posición sería más desfavorable que en la obligación pura y simple, lo cual es contrario á la voluntad de las partes (1). Se objeta que la ejecución de un plazo para la ejecución de la obligación implica ya una invitación de pagar del vencimiento, es decir, una interpelación, y que por tanto una especial carece de objeto; de aquí la máxima *dies interpellat pro homine;* el término interpela en el lugar del deudor. El razonamiento es muy exacto cuando el término impone al deudor la obligación de pagar en día fijo; porque semejante término contiene una interpelación que hemos admitido nosotros mismos que, en este caso el deudor en retardo es inmediatamente culpable si se constituye en mora. Pero cuando el deudor no está obligado á pagar en

(1) En apoyo del mismo sistema se podría decir también que el único efecto de la espiración del plazo es hacer la obligación pura y simple y que el deudor condicional no es tampoco constituido en mora por el solo cumplimiento de la condición. Pero estos argumentos contienen una petición de principio; se trata precisamente de probar que la obligación hecha exigible no difiere de la obligación pura y simple desde el origen ó hecha tal por el cumplimiento de una condición suspensiva.

día fijo, es imposible ver en el plazo una invitación de pagar en día fijo; lejos de que el plazo implique entonces una interpelación de pagar, contiene una prohibición para el acreedor de reclamar el pago antes del vencimiento, siempre que él es establecido en interés del deudor, lo que es la regla. Se objeta también que una interpelación hecha á plazo constituye al deudor en mora á la llegada del plazo fijado por el acreedor y que con mayor razón un plazo contractual aceptado por el deudor, debe tener por efecto poner á éste en mora el día del vencimiento. El argumento no es sino especioso. Negamos que la fijación de un plazo contractual contenga una invitación á pagar. Ningún texto consagra formalmente nuestro sistema; pero ningún pasaje tampoco es decisivo en favor de la regla *dies interpellat pro homine*. Ahora bien, este silencio de las leyes romanas viene en nuestro apoyo. Desde luego los principios generales, tal como los hemos determinado antes, nos son favorables. Después nuestras fuentes establecen la regla fundamental de que la mora no se verifica de pleno derecho, sino que ella exige una interpelación (1); si esta regla no se aplicase al conjunto de las deudas á plazo, sería extraño que no se hubiera mencionado una excepcion de tal importancia; en todos los casos la excepción no se presume; ella no puede fundarse sino sobre un texto positivo y éste falta. Podemos por lo demás invocar una ley, al menos por analogía (2). En cuanto á las decisiones que se

(1) *Dig*. lib. 22, tit. 1, l. 32. Leotardo, *De usuris*, quæst. 81, núm. 53 y quœst. 84 núm. 1. Pichardo, *De mora*, núm. 23. Sentencias: del Juzgado primero de lo civil del D. F. de México, de 31 de Marzo de 1856; de la Excma. 1ª Sala del Trib. Sup. del id. del 15 de Octubre de 1857 [Gacet. de Trib. tom. 1. p. 543 á al 545].

(2) *Dig*. lib. 22, tit. 1, l. 17, § 4. El arrendatario es deudor á plazó del precio convenido y sin embargo; en principio, no debe los intereses por solo que no pague al vencimiento; no los debe si no es que haya sido puesto en mora; luego después de la interpelación. Se objeta que aquí se tratá de un plazo legalmente

nos oponen, ninguna de ellas es concluyente (1). A la ver-

---

fijado; pero la época en que el precio del arrendamiento es pagadero, se fija muy frecuentemente por la convención y entonces, aunque por hipótesis Paulo no hubiera tenido en mira sino el plazo legal para el pago del arrendamiento, todavía sería preciso extender su decisión por analogía al plazo contractual, tanto más cuanto que el plazo legal mencionado se funda sobre la voluntad presunta de las partes. Nos abstenemos de invocar en nuestro apoyo el *Dig*. lib. 45, tit. 1, l. 49, § 3. Según este pasaje, el deudor á plazo de un esclavo no está obligado cuando ha sido interpelado antes del vencimiento y el esclavo ha muerto después de la interpelación. El motivo de la decisión es que no ha habido mora, siendo nula la interpelación hecha antes del vencimiento. Se podría sacar un argumenao de este texto si se hubiera dicho que el esclavo ha muerto *después* de la expiración del plazo convenido; entonces el jurisconsulto partiría de este punto de vista que la sola llegada del plazo no produce la mora. Pero no se supone *in terminis* muerto el esclavo después del vencimiento y desde entonces el pasaje no prueba absolutamente contra la regla. *dies interpellat pro homine*.

(1) *Dig*. lib. 45, tit. 1, l. 33. Se argumenta *a contrario* de esta ley. De que el deudor á plazo quede libre cuando Stichus muera antes de la llegada del plazo se concluyó que, si la muerte es posterir al vencimiento, la pérdida es para el deudor; luego éste estaría en mora por la sola expiración del plazo. Este argumento *a contrario* no tiene valor. *Dig*. Lib. 45, tit. 1, l. 114. Así se dice, por solo que la tradición del fundo nó se verifique en el día convenido [*ea die*], el deudor está en mora; ahora bien debe estarlo fuera de una interpelación, puesto que esta no es posible, sino después del vencimiento. Es preciso reconocer que la ley 114, interpretada literalmente, tiene este alcance. Pero existe otra interpretación igualmente aceptable. La mora del deudor exige desde luego que el fundo no haya sido entregado en el día convenido; exige además que esta falta de tradición sea imputable al deudor; el jurisconsulto insiste aun mucho más sobre el segundo punto que sobre el primero; que menciona de una manera perfectamente accesoria, con ocasión del otro, por las dos palabras *ea die*; ahora bien la falta de tradición no puede ser reprochada al deudor, si no ha sido interpelado para entregar. Esta explicación se aleja del sentido literal de la ley 114. Pero desde otro punto de vista también, es preciso abandonar este sentido literal; cuando el deudor de un fundo de tierra no lo entrega al vencimiento, no está en mora si no es que el acreedor se haya presentado para recibir la entrega del inmueble [véase adelante § 20, II[, lo que no puede hacer sino después del vencimiento; la mora es, pués, imposible desde el instante de la expiración del plazo [Mommsen, III, § 10, p. 88 á 80 y § 11, p. 109 y nota 25]. Se quiere también fundar la regla *dies interpellat pro homine* sobre el *Cod*. lib. 4, tit. 49, l. 10, sobre el *Id*. lib. 8 tit. 37, l. 12, y sobre el *Id*. lib. 4, tit. 66, l. 2, § 1. Reconocemos que la primera ley hace resultar la mora de la sola expiración del plazo; pero se aplica á un caso en que el deudor debía pagar en día fijo y no podía hacerlo útilmente sino ese día, [Véase antes nota 1 pág. 133]. Pasemos al *Cod*. lib. 8, tit. 37, l. 12. Un deudor á plazo promete una pena para el caso en que no ejecutara su obligación en la época convenida; deja pasar esta época sin pagar, Justiniano decide que la pena

dad el derecho bizantino parece haber positivamente aceptado la regla *dies interpellat pro homine* (1); pero no se está autorizado á sacar de este derecho una conclusión desde el punto de vista de la legislación de Justiniano.

Hasta el principio de este siglo (XIX) la regla *dies interpellat pro homine* había sido muy generalmente admitida por los intérpretes del Derecho Romano; se le encuentra entre otros en Cuyacio (2) y en Doneau (3). Gluck la enúncia como constante (4). Savigni, en sus lecciones, se levantó contra ella con toda la autoridad de su talento, y la mayor parte de los autores modernos se ha colocado del lado de su opinión (5). Pero entre los intérpretes que exi-

---

es causada inmediatamente, sin que sea necesario una interpelación. En efecto, dice el Emperador, el deudor debe recordarse á sí mismo sus promesas; no es necesario que el acreedor se las recuerde. Se invoca á la vez lo dispositivo y el motivo de esta ley; pero erróneamente. No se puede sacar ningun argumento de la decisión, porque, para que se incurra en la pena, no se requiere una mora del deudor; la regla proclamada por la ley 12 es pues extraña á la teoría de la mora. En cuanto al motivo sobre el cual Justiniano basa su decisión, no podría aplicarse sino al caso de que el Emperador se ocupe en la ley 12; sería muy aventurado dar un alcance general á las consideraciones por las cuales Justiniano motiva sus leyes. Por lo demás la verdadera razón porque el deudor á plazo incurre en la pena por solo que no pague al vencimiento, es que ha prometido la pena para esta eventualidad [véase adelante § 26, 1º]. En fin, según el *Cod.* lib. 4, tit. 66, l. 2, § 1, el enfiteuta pierde su derecho si, durante tres años, se ha abstenido de pagar la renta ó los impuestos, sin que haya necesidad de una interpelación, porque dice Justiniano, todo deudor debe pagar espontáneamente. Aquí todavía no se trata de mora, y el motivo de la ley, aunque tomado de la 12 antes citada y que el Emperador lo representa como absolútamente general [l. 2, § 1], no podría ligarnos en la teoría de la mora. Es preciso decidirlo así tanto más cuanto que el motivo, tomado á la letra, se aplica aun á las obligaciones puras y simples y que no se toma ninguna cuenta de él en el arrendamiento, en que el arrendatario no está en mora sino en virtud de una interpelación [*Dig.* lib. 22. tit. 1, l. 17, § 4 y nota 1 pág. 136].

(1) *Scholion ad Harmenopoulum XXIII*, l. c. 5.

(2) *Recitationes solemmes in lib. VIII Cod. ad tit. 37, de contr. et committ. stipul. ad l, 12.*

(3) De mora, núms. 10 y sigts.

(4) IV, § 329, p. 404.

(5) Véanse en este sentido Wolff, § 27 y 29. Puchtá, *Pand.* § 269. Molitor, I, núms. 348 y 357. Mommsen, III, § 10. Sintenis, II, § 93. Maynz, II, § 179. *Contra:* Mackeldey, II, § 345, 1º Muhlenbruch, II, § 355 y nota 8 y Ortolan, III, núm. 1657

gen una interpelación para que el deudor á plazo sea constituido en mora, unos establecen esta regla de manera absoluta (1); otros exceptúan, como lo hemos hecho, en el caso en que el plazo es de tal naturaleza que obliga al deudor á pagar en día fijo y que el pago no pueda hacerse útilmente sino ese día (2); algunos proponen también otras modificaciones (3). En fin, entre los autores que admiten y los que rechazan en tésis general la regla *dies interpellat pro homine*, se ha formado una opinión intermediaria; los defensores de este sistema se abstienen de establecer un principio general; la cuestión de si el deudor á plazo está en mora por la sola expiración del plazo ó si una interpelación es necesaria, debería ser resuelta según las circunstancias (4). Semejante solución no es satisfactoria; en principio y hecha abstracción de casos particulares, el caso debe contener ó una invitación á pagar y desde entonces hay que pronunciarse en pro ó en contra del adagio *dies interpellat pro homine* (5).

2º Los poseedores en virtud de un delito están de pleno derecho en mora. Una interpelación es inútil para constituirlos en culpa; son culpables por el solo efecto de su delito. Tales son el ladrón (6) y el poseedor violento (7). Pero el simple poseedor de mala fe tiene necesidad de ser interpelado por el propietario; hasta entonces él no es culpable, si no restituye la cosa á éste último á quien puede aun no conocer (8).

3º La mora se verifica también independientemente de

---

(1) Tales son Puchta, Molitor, Sintenis y otros.
(2) Esta modificación es admitida por Maynz y otros.
(3) Maynz, II, § 179 y nota 18.
(4) Véase Anspach, *Del adagio dies interpellat pro hanime*.
(5) Namúr, I § 227, 5º
(6) *Dig*. lib. 13, tit. 1, l. 8, § 1 y l. 20.
(7) *Dig*. lib. 43, tit. 16, l. 1, §§ 34 y 35.
(8) Mommsen, III, § 9. *Contra* Molitor, I, núm. 312.

una interpelación, cuando ésta es imposible por causa de circunstancias relativas al deudor; el acreedor no debe sufrir por consecuencia de semejante imposibilidad. Pero es preciso al menos, que haga una protesta judicial, que manifieste su voluntad de ser pagado (1). Al hablar de un impedimento para interpelar resultante de circunstancias relativas al deudor, suponemos además la culpabilidad de éste; si está exento de culpa, la protesta, como la interpelación, es impotente para constituirlo en mora (2). Se puede pues, poner en mora por una protesta judicial á un deudor ausente, es decir, á un deudor que no se encuentre en el lugar en que la interpelación debe ser hecha (3), y que no ha dejado allí mandatario, cuando él habría podido nombrar uno (4). Es preciso decir otro tanto de un deudor desconocido por su culpa, lo que sucederá cuando el heredero del deudor originario se ha abstenido sin motivo, durante cierto tiempo, de aceptar la sucesión á que era llamado (5). Pero el acreedor no puede rechazar la interpelación por una protesta respecto de un deudor incapaz de ser válidamente interpelado y que no tiene tutor ó curador; la culpabilidad del deudor falta en el caso (6).

Se ha querido además admitir una mora de pleno derecho en favor de los menores (7) y del fisco (8) en razón de cualesquiera créditos, en favor de los establecimientos de beneficencia en el caso en que un legado les ha sido de-

---

(1) *Dig*. lib. 22, tit. 1, l. 23, § 1; *Id*. lib, 22, tit. 2, l. 2.

(2) *Dig*. lib. 36, tit. 4, l. 5, § 20.

(3) Este lugar es el del pago. Véase antes núm. II, A, 4º de este párrafo.

(4) *Dig*. lib. 22, tit. 1, l. 23, § 1.

(5) *Dig*. lib. 36, tit. 4, l. 5, § 20.

(6) Arg. l. 5, § 20. Windscheid, II, § 278, 4º y nota 12 combate con razón á Mommsen, III, § 9, nota 6, que restringe la protesta judicial al caso de ausencia del deudor.

(7) Arg. *Dig*. lib. 34, tit. 4, l. 3, § 2; *Id*. lib. 40, tit. 5, l. 26, § 1 y *Cod*. lib. 2, tit. 40, l. 3.

(8) Arg. *Dig*. lib. 22, tit. 1, l. 17, § 5 é *Id*. lib. 39, tit. 4, l. 10, § 1.

jado (1) así como en favor de la dote (2) y de la emancipación fideicomisaria (3). Estas diferentes excepciones no son fundadas; en todos los casos indicados, una interpelación es indispensable para que haya mora (4).

III. Cuando el acreedor ha interpelado al deudor para que pague una deuda susceptible de ser demandada eficazmente ante los tribunales, ó bien cuando ha reemplazado esta interpelación por una protesta judicial, conforme á las reglas expuestas antes, el deudor no está necesariamente en mora. El retardo en la ejecución de la obligación puede no serle imputable; es admitido á producir justas causas de excusa, *excusationes a mora*. Para no hablar del caso en que la ejecución de su obligación se ha hecho accidentalmente imposible, lo que produciría la extinción de la deuda, el deudor no estará en mora si ha sido impedido de pagar por una circunstancia relativa al acreedor, cuando ella fuese imputable á éste último; por ejemplo, cuando el deudor no ha encontrado en el lugar del pago ni al acreedor

---

(1) Arg. *Cod.* lib. 1, tit. 3, l. 45, § 4 y *Novella* 131, cap. 12.

(2) Cuando se trata del pago de una dote adventicia [Arg. *Cod.* lib. 5, tit. 12, l. 31, §§ 5 y 8] ó bien de la restitución de una dote cualquiera [Arg. *Cod.* lib. 5, tit. 13, l. unic. § 7].

(3) *Arg. Dig.* lib. 40, tit. 5, l. 26, § 1 y l. 53.

(4) En lo que concierne á los menores, el Fisco y los establecimientos de beneficencia, los textos sobre los cuales se fundá la *mora ex re* [nota 6, pág. 139 y la anterior] hablan solamente de una obligación legal de pagar los intereses por causa de simple retardo; los establecimientos de beneficencia tienen más derecho á los frutos. Pero todos los demás efectos de la mora quedan excluidos, porque las condiciones de ésta no se encuentran. Si estos textos emplean la palabra *mora*, tienen en mira un retardo material, así otras leyes declaran que no hay mora es decir, mora en el sentido técnico [*Dig.* lib. 31, *de leg.* II, l. 87, § 1; *Cod.* lib. 4, tit. 49, l, 5]. En cuanto á la dote, las leyes citadas en la nota 2 de esta pág. no establecen tampoco sino una simple obligación legal de pagar los intereses; el promitente de una dote adventícia consistente en muebles no estimados está además sometido á los efectos de la *litis contestatio* [*Cod.* lib. 5, tit. 12 l. 31, § 7]. En fin la *mora ex re* de que se trata relativamente á las manumisiones fideicomisarias [textos citados en la nota 3 de esta pág.] es también un simple retardo, que produce ciertos efectos particulares en cuanto á la ingenuidad de los hijos de la mujer; pero de ninguna manera los efectos de la mora.

ni á su representante (1), el acreedor era desconocido, ó incapaz de recibir el pago y estaba desprovisto del tutor ó curador necesarios. Pero además, como lo hemos demostrado antes (2), la mora del deudor será excluída si ha sido impedido de pagar por circunstancias personales suyas y que no pueden serle reprochadas, particularmente si ha sido impedido de presentarse en el lugar del pago á consecuencia de un accidente como una enfermedad, de interrupción de comunicaciones, un naufragio ó la privación de la libertad (3), si ha sido despojado del dinero destinado al pago y no ha podido conseguir en préstamo otro dinero inmediatamente, en fin, si tenía justos motivos para dudar de la existencia del crédito ó de la cualidad de acreedor ó de su representante (4) etc.

§ 20. *Condiciones de la mora del acreedor.*

I. Para que el acreedor esté en mora, es preciso que el deudor haya hecho inútilmente ofertas de pago que reunan todas las condiciones requeridas para un pago válido, aparte, evidentemente, la aceptación del acreedor. En efecto, solamente cuando estas condiciones concurren, el acreedor es culpable de haber rehusado las ofertas; faltando una de ellas, la negativa del acreedor es legítima, lo cual excluye la mora. Pero también cuando las ofertas reunen las diversas condiciones de un pago válido, el acreedor que las rehusa, es culpable y por tanto se constituye en mora. Según esto:

1º La oferta puede ser hecha por cualquiera persona ca-

---

(1) *Dig.* lib. 18, tit. 3, l. 4, § 4; *Id.* lib. 13, tit. 5, l. 18. Arts. 1459 y 1462 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) § 18, 1º

(3) *Dig.* lib. 22, tit. 1, l. 23.

(4) *Dig.* lib. 16, tit. 3, l. 1, § 22; *Id.* lib. 22, tit. 1, l. l. 21 y 22.

paz de pagar (1) y á cualquiera persona capaz de recibir el pago. La regla no admite sino una sola modificación, fundada en la naturaleza de las cosos. Mientras que el pago es validamente recibido por un representante que tiene calidad para este efecto, la negativa de un representante de recibir el pago no constituye al acreedor en mora si no es que el representante tuviera calidad para rehusar las ofertas. Se sigue de aquí que el acreedor estará en mora si las ofertas son rehusadas por su tutor ó curador ó por su mandatario general, porque éstos pueden ejecutar toda especie de actos de administración y la negativa de pago, es un acto de esta especie. Sucedería de otro modo si la negativa emanase, ya de un mandatario especialmente autorizado para recibir el pago de que se trata, cuando este mandatario fuese un *adjectus solutionis causa*, ya de un mandatario encargado de todos los cobros de su principal; un mandatario tal no tiene calidad para rehusar el pago; rehusándolo, excede á su mandato, y por tanto su negativa es nula y no puede dar lugar á una mora del acreedor (2).

2º La oferta dabe recaer sobre la misma cosa debida y sobre esta cosa toda entera (3). Pero ¿basta que el deudor haga ofertas verbales de pago, ó debe hacer ofertas reales, es decir ofertas acompañadas de la presentación material de la cosa debida? La cuestión se presenta para las cosas muebles y para los hechos del hombre. La oferta debe reunir todas las condiciones de un pago válido. Luego, si la deuda es pagable en el domicilio del acreedor, el deudar está obligado á hacer las ofertas reales en este domicilio (4). Del mis-

---

(1) *Dig*. lib. 46, tit. 3, l. 72, § 2.

(2) Molitor I, núm, 322. Mommsen, III, § 33, p. 314 y 315. Arts. 1334 y 2350 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(3) *Dig*. lib. 12, tit. 1, l. 21; *Id*. lib. 22, tit. 1, l. 41, § 1. Art. 1515 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(4) Arg. *Dig*. lib. 46, tit. 3, i. 72, § 3. Véase en este sentido Mommsen, III, § 15, p. 142. Pero *¿quid* si el deudor ha notificado al acreedor su intención de presentarle la cosa y el acreedor ha respondido que no la aceptaría? Esta circuns-

mo modo si la deuda es pagadera en un lugar determinado, distinto de los domicilios del acreedor y del deudor, las ofertas reales deben ser hechas en este lugar (1). Pero cuando el deudor puede pagar en su propio domicilio y el acreedor está obligado á aceptar allí el pago, las ofertas reales son inútiles; basta que el deudor haga saber al acreedor que la cosa debida está á su disposisión y que ella lo esté efectivamente. Tales ofertas, aunque simplemente verbales, reunen todas las condiciones de un pago valido, salvo que el acreedor rehuse ser pagado; esta negativa es abiertamente una culpa, que debe constituir al acreedor en mora. Si en el caso se decidiese que el deudor debe presentar la cosa al acreedor, sería despojado de su derecho contractual de pagar en su casa y lo sería por la negativa injusta del acreedor de recibir el pago allí donde debe recibirlo (2). Sin embargo parece que muchos autores admiten que las ofertas de pago deben ser siempre reales para constituir al acreedor en mora (3). Suponiendo las ofertes reales obligatorias el deudor está obligado á presentar la cosa en un lugar donde el acreedor debe aceptar el pago (4); si pues se trata

---

tancia no dispensa al deudor de la presentación material de la cosa debida. La negativa real prueba la intención determinada del acreedor de impedir la ejecución de la obligación; ella lo constituye en culpa y en mora. Una negativa verbal no tiene la misma significación; no es sino una simple palabra [En este sentido Koch, I, § 33, p. 354 y nota 3. *Contra:* Mommsen, III, § 15, p. 144 y 145 y nota 6]. Arts. 1520 á 1521 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(1) *Arg. Dig.* lib. 19, tit. 1, l, 3, § 4. No basta pues que la ejecución de la obligación haya sido preparada en el lugar en que debía ejecutarse y que el acredor haya sido informado de ello, como parece admitirlo Mommsen, III, § 15, p, 141 y 142, El deudor debe presentarse en el lugar del pago, porque de otra manera, el acreedor, aunque estuviese presente, no habría podido pagarse. Una negativa verbal del acreedor no tiene más importancia que en el caso precedente.

(2) Arg. *Dig.* lib. 18, tit. 6, l. 4, § 2. Mommsen, III, § 15. p. 141 y 142.

(3) Entre otros Molitor, II, núm. 983 y Maynz, II, § 290, Véase contra la necesidad general de las ofertas reales Mommsen, III, § 15, p. 141 y 145.

(4) *Cod.* lib. 8, tit. 42, l. 9.

de cosas fungibles, la oferta real no puede hacerse en un lugar inoportuno (1).

3º Cuando un plazo ha sido añadido á la obligación en interes del acreedor, el deudor no puede hacer ofertas validas sino después de la expiración del plazo.

Por derogación de las reglas que acabamos de establecer, la mora del acreedor se verifica de pleno derecho ó independientemente de una oferta de pago, cuando esta oferta es imposible por causa de circunstancias relativas al acreedor; tal imposibilidad no debe dañar al deudor. Para el acreedor como para el deudor hay una *mora ex re*. Pero aqui igualmente el deudor debe reemplazar la oferta de pago por un equivalente, una protesta judicial (2) y como la oferta, esta protesta no constituye al acreedor en mora sino en tanto que una culpa le es imputable; su no culpabilidad debe excluir su mora (3). La mora del acreedor puede pues, resultar de una protesta judicial cuando está ausente, es decir no se encuentra en el lugar del pago y ha olvidado dejar allí un representante (4), ó bien cuando es desconocido por su culpa, por ejemplo habiendo muerto el acreedor originario, aquel que es llamado á su sucesión, se abstiene sin motivo durante cierto tiempo de hacer la aceptación, ó bien todavía cuando el acreedor rehusa proceder á ciertas operaciones preliminares á las ofertas, tales como la liquidación del crédito (5), la cuenta, el peso ó la medida de las mercancías que se trata de entregar. Pero la protesta sería impotente ante un acreedor incapaz de recibir el

---

(1) *Dig*. lib. 46, tit. 3, l. 39.
(2) *Cod*. lib. 4, tit. 32, l. 6.
(3) Arg. *Cod*. lib. 8, tit. 27, l. 5.
(4) *Cod*. lib. 4, tit. 32, l. 6.
(5) *Cod*. lib. 8, tit. 27, l. 5; *Id*. lib. 5, tit. 56, l. 4. En el caso el acreedor deberá ser interpelado para que liquide el crédito, y si no lo hace, quedará en mora.

pago y desprovisto del tutor ó del curador necesarios; la ausencia de culpa en el incapaz, excluye su mora (1).

II. La mora del acreedor no resulta necesariamente de su negativa de aceptar las ofertas de pago ó de la protesta judicial que hace veces de oferta. Aun entonces el acreedor no puede encontrarse culpable; puede tener justas causas de excusa, *excusationes á mora*. Particularmente el acreedor no estará en mora si tenía justos motivos de rehusar el pago, tal como le era ofrecido (2), ó bien si ha sido impedido de presentarse en el lugar del pago á consecuencia de un accidente, tal como una enfermedad, la interrupción de las comunicaciones, un naufragio ó la privación de la libertad (3). Cuando el deudor y el acreedor han faltado en el lugar del pago, el día en que éste debía hacerse, pensamos que ninguna de las partes está en mora. El acreedor no lo está, puesto que no se le podría reprochar no haber aceptado ofertas que no le han sido hechas (4). El deudor no lo está tampoco, porque no es culpable de no haber hecho ofertas que no hubieran sido aceptadas si hubieran sido hechas. En otros términos, la mora supone que el retardo en la ejecución de la obligación ha sido causado por una de las partes solamente, y en el caso, lo ha sido por el deudor y el acreedor. Muchos autores admiten una mora simultánea de las dos partes; pero añadiendo que las dos

(1) Arg. *Dig.* lib. 36, tit. 4, l. 5, ¿ 20. ¿Qué decidir, cuando el acreedor ha declarado de antemano que rehusaría las ofertas si le eran hechas? El deudor no debe menos hacer las ofertas ordinarias, reales ó verbales [Véase nota 4 pág. 142 de este párrafo]; la negativa de parte del acreedor respecto de las ofertas que no le son hechas todavía, no prueba necesariamente que rehusará el pago cuando le fuere debidamente presentado; no se tiene pués el derecho de decir que la oferta de pago constituye una vana formalidad [En este sentido Mommsen, III, ¿ 18, p. 176 y 177. *Contra:* Molitor, I, núm, 328].

(2) Arg. *Dig.* lib. 13, tit. 5, l, 7 é *Id.* lib. 46, tit. 3, l. 72.

(3) Arg. *Dig.* lib. 22, tít. 1, l, 23. Véase antes ¿ 18, 1º

(4) La mora del acreedor ausente del lugar del pago exige una protesta judicial [Cód. lib. 4, tit. 32, l. 6, Véase antes núm. I del presente párrafo].

moras se compensan (1), lo que conduce al mismo resultado práctico que si se excluye toda mora. Conviene poner la teoría de acuerdo con los hechos y decidir que ni el deudor ni el acreedor se encuentran en mora (2). Tal es también la opinión general (3).

§ 21. *Efectos de la mora del deudor.*

1. Conforme al principio general sobre los efectos de la mora (4), el deudor en mora está obligado á reparar todo el daño causado al acreedor por su retardo culpable; es la consecuencia natural de su culpa (5). Según esto:

1º A partir de su mora, el deudor responde indistintamente de la culpa leve en lo que concierne á la guarda y á la conservación de la cosa, aun cuando precedentemente no fuera responsable sino de la culpa grave; si pues la cosa perece ó se deteriora por su culpa, debe siempre indemnizar al acreedor. Hay más, hasta cierto punto, soporta los riesgos y peligros y debe pagar el valor de la cosa que ha perecido accidentalmente y tomar en cuenta los deterioros fortuitos. Soporta la perdida ó el deterioro accidental, desde luego si el accidente acaecido en su poder no sobrevino en poder del acreedor. Tal es el caso en que el rayo des-

---

(1) Véase en este sentido Mackeldey, II, § 346, 3º; Muhlenbruch, II, § 358 nota 6 y Maynz, II, § 180.

(2) Las fuentes son mudas sobre la cuestión. El *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 51 y el *Id,* lib. 18, tit. 6, l. 18 se refieren á las moras *sucesivas* del vendedor y del comprador y consagran la regla de que la segunda mora purga la primera y subsiste sola [Véase adelante § 23, I, 2º]. Esto no parece dudoso para la segunda ley que en tres ocasiones habla de una *posterior mora.* Labeon es menos preciso en el primer texto; pero su opinión es reproducida en el segundo, unicamente desde el punto de vista de las dos moras sucesivas.

(3) Véase en nuestro sentido: Puchta, *Pand.* § 270; Molitor, I, núm. 339 y Mommsen, III, § 36, p. 340 á 343.

(4) Véase antes § 18, 3º

(5) *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 114.

truye la casa del deudor y la cosa debida que en ella se encontraba; la casa del acreedor ha sido salvada y por tanto la cosa debida lo hubiera sido igualmente en poder del acreedor (1). Pero aunque el accidente se hubiera tambiéu producido en poder del acreedor, por ejemplo si el rayo ha destruido las dos casas del deudor y del acreedor con todo su contenido, el riesgo recaerá también sobre el deudor en mora, si el acreedor hubiera vendido la cosa antes del accidente, suponiendo qne la hubiera tenido en sus manos, mientras que, por no poseerla, no ha podido venderla (2). En efecto, en los dos casos, la mora del deudor causa un perjuicio al acreedor; en el primero, lo priva de la cosa de una manera absoluta; en el segundo, lo priva de la cosa desde el punto de vista de la venta y de las ventajas de aquella, porque es un principio que si la cosa vendida perece ó se deteriora fortuitamente después de la venta, el vendedor no tiene menos derecho al precio convenido (3). A decir verdad, el deudor no soporta aquí un accidente; su mora implica una culpa; él es responsable de ésta y de sus consecuencias; hay en el caso un *casus culpa determinatus* (4). Nuestras fuentes expresan este efecto de la mora del deudor, diciendo que la obligación es perpetuada por la mora; *mora perpetuatur obligatio* (5); esto significa que el deudor en mora queda obligado á pesar de la pérdida fortuita de la cosa debida; como no puede entregar ya la cosa misma, él debe su valor. Pero la obligación del deudor en mora no es perpetuada sino bajo los dos respectos que hemos indicado (6). En lo que concierne á la prueba, ella incumbe ple-

---

(1) *Dig.* lib. 4, tit. 2, l. 14, § 11; *Id.* lib. 10, tit. 4, l. 12, § 4.
(2) *Dig.* lib. 4, tit. 2, l. 14, § 11; *Id.* lib. 6, tit. 1, l. 15, § 3.
(3) Véase antes § 17, I. Arts. 1439 á 1441 del Código Civil del D. F. de México.
(4) Véase antes § 12, III.
(5) *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 91, § 3 y 4.
(6) Se ha puesto en duda sin embargo y sostenido que el deudor en mora

namente al deudor; á él toca establecer que el accidente se hubiera también producido en poder del acreedor y que éste no hubiera vendido la cosa antes del accidente. El motivo es el siguiente. El deudor debe probar el caso fortuito con cuyo fundomento se pretende libre (1); ahora bien, cuando ha sido puesto en mora, la pérdida y el deterioro casuales le son imputables siempre que el accidente no hubiera sobrevenido en poder del acreedor ó cuando éste hubiera vendido la cosa antes del accidente; no hay verdaderamente caso fortuito sino cuando la pérdida ó el deterioro hubiera también alcanzado á la cosa en poder del acreedor y éste último no hubiera vendido la cosa más pronto; el deudor debe pues, establecer este doble punto, puesto que constituye el doble elemento del caso fortuito que alega. Una presunción que dispense de una ú otra de estas pruebas, no es posible; no se puede presumir ni que la pérdida ó el deterioro hubiera sobrevenido también en poder del acreedor, ni que éste no hubiera vendido la cosa antes del accidente; la cuestión de si la hubiera vendido depende soberamente de las circunstancias. Muchos autores son de una opinión diferente. Según ellos el deudor debería solamente establecer que el accidente habría sobrevenido tam-

---

soportaba de una manera absoluta los riesgos y peligros. Esta opinión no es ciertamente fundada. Poco importa que muchas leyes enuncien sin reserva el principio de la responsabilidad del deudor en mora, porque ellas deben ser completadas por las otras que contienen las restricciones. Véase en este sentido Molitor, I. núm. 332; Maynz, II, § 180 y nota 6 y en principio Savigny, *Systeme*, VI, § 274. Pero se ha querido sobre todo someter á una responsabilidad absoluta al ladron y al poseedor violento [Muhlenbruch, II, § 357, I, 1º; Puchta, § 268 nota c y Moiitor, I, núm. 332]. Esta afirmación es tan errónea como la precedente y por los mismos motivos. En efecto, únicamente en razon de la mora el ladron y el poseedor violento soportan los riesgos [*Dig.* lib. 13, tit. 1, l. 8, § 1 y l. 20]; desde entonces los textos relativos á los deudores en mora les son aplicables. Además una ley excluye directamente la responsabilidad absoluta del demandado en en el interdicto *unde vi* [*Dig.* lib. 4, tit. 2, l. 14, § 11]. Véase en este sentido, entre otros, Maynz, lugares citados.

(1) Véase antes § 15. Art. 1442 del Código Civil del Distrito Federal de México.

bién en poder del acreedor; que si el acreedor objetaba que habría vendido la cosa antes del accidente, á él correspondería producir la prueba de esta alegación (1).

Si es verdad que la mora del deudor pone hasta cierto punto á su cargo los riesgos y peligros, por otra parte el acreedor conserva plenamente su derecho á todas las ventajas provenientes de la cosa debida, al *commodum rei* (2). Entre estas ventajas, los frutos merecen una atención especial. Sin duda el deudor no debe restituir todos los frutos percibidos (3). No es menos evidente que debe cuenta de los frutos que ha menospreciado percibir, puesto que ha privado también de ellos al acreedor (4). Pero su responsabilidad no se detiene aquí; debe también cuenta al acreedor de los frutos que éste hubiera percibido por cuidados superiores á los de un buen padre de familia, cuando el acreedor era efectivamente de una diligencia superior á la del común de los hombres y por tanto tenía el hábito de obtener de sus bienes más frutos que los otros: porque entonces él le ha causado por su mora un perjuicio especial;

---

(1) Las fuentes no se ocupan directamente de la cuestión; pero las indicaciones que contienen nos son favorables. El *Dig.* lib. 30, *de leg.* I, l. 47, § 6 y el *Id.* lib. 5, tit. 3. l. 40 establecen el principio general de que el deudor en mora debe el valor de la cosa que ha perecido fortuitamenle, *porque* el deudor habría podido venderla antes de su pérdida; desde entonces al deudor toca probar que la regla no le es aplicable, porque su motivo no existe. Es verdad que el *Dig.* lib. 6, tit. 1, l. 15, § 3 y el *Id.* lib. 4, tit. 2, l. 14, § 11 no otorgan al acreedor la estimación de la cosa que ha perecido accidentalmente despues de la mora, sino *si él* la hubiera vendido. Pero el *Dig.* lib. 4, tit. 2, l. 14, § 11 y el *Dig.* lib. 10, tit. 4. l. 12, § 4 no obligan tampoco al deudor en mora á soportar el riesgo si no es si la pérdida no hubiera sobrevenido en poder del acreedor; y sin embargo, es cierto que, bajo este último aspecto, la prueba incumbe al deudor. Se sigue de aquí que, en estas diversas leyes, el jurisconsulto no entiende resolver la cuestión de la prueba; se limita á decidir que el deudor en mora no soporta el caso fortuito sino bajo ciertas condiciones. Véanse en nuestro sentido: Savigny VI, § 274; Molitor, I, núm. 332; Mommsen, III, § 20, p. 196 y 197. *Contra:* Maynz, II, § 180, A, 1º y nota 6.

(2) *Dig.* lib. 6, tit. 1, l. 17, § 1; *Id.* lib. 22, tit. 1, l. l. 8 y 14.

(3) *Dig.* lib. 6, tit. 1, l. 17, § 1; *Id.* lib. 22, tit. 1, l. l. 8, 14 y 38, § 7.

(4) *Inst.* lib. 4, tit. 17, § 2.

lo ha privado de los frutos mencionados (1). La regla se aplica á los frutos civiles lo mismo que á los frutos naturales (2). Cuando se trata de deudas de dinero, el acreedor puede aun reclamar á título de indemnización los intereses de la suma debida, sin tener la obligación de justificar un perjuicio correspondiente; los intereses son debidos de pleno derecho; se les llama intereses moratorios. Su tasa es determinada por el uso de los lugares (3). El motivo de la regla enunciada es que la prueba del perjuicio causado por el pago tardío de una suma de dinero presenta grandes dificultades; no es muy fácil establecer que, si se hubieran tenido fondos disponibles, se habría percibido tal ó cual interés, y sin embargo es probable que el acreedor hubiera obtenido de los fondos los intereses usuales en la localidad; se le otorgan desde entonces estos intereses de pleno derecho, dispensandolo de la prueba; pero, en nuestra opinión, el acreedor que justifica un daño superior á los intereses legales, tiene derecho á su reparación. En efecto, cuando consta este daño superior, no existe ningún motivo para no imponer su reparación al deudor que ha sido su causa. Sin duda el acreedor es beneficiado por la ley en el sentido de que tiene derecho á los intereses legales, aunque, en realidad, haya sufrido un daño menor; pero este beneficio está ya compensado por el perjuicio que él sufre cuando, de hecho, ha sufrido un daño superior sin poder probarlo. Supongamos que yo haya estipulado en

---

[1] *Dig.* lib. 4, tit. 2, l. 12; *Id.* lib. 30, *de leg.* I, l. 39, § 1. Si la cosa debida ha perecido y el deudor es responsable de esta pérdida, los frutos son debidos aun por el periodo posterior á la pérdida, hasta el momento de la sentencia; porque, sin la mora, el acreedor se hubiéra aprovechado de los frutos hasta este momento [*Dig.* lib. 6, tit. 1, l. 17, § 1].

[2] *Dig.* lib. 22, tit. 1, l. 32, § 2; *Id.* lib. 30 *de leg.* I, l. 39 § 1.

[3] *Dig.* lib. 22, tit. 1, l. 1; *Id.* lib. 30, *de leg.* I, l. 39, § 1. Pero los intereses no pueden exceder del *maximum* del 6 por ciento establecido para los intereses convencionalss [*Dig.* lib. 22, tit. 1, l. 1], porque no se puede atender á una costumbre local que deroga una ley general [*Cod.* lib. 8, tit. 52, l. 2].

Roma cierta suma pagadera en Éfeso, donde yo mismo debía dinero bajo una cláusula penal; á consecuencia de la mora de mi deudor, los fondos que yo destinaba al pago de mi propia deuda, me han hecho falta; en razón de la distancia de los lugares, yo no he podido procurarme dinero en Éfeso y he incurrido en la pena (1). O bien, un comerciante estipula una suma de dinero, con objeto de comprar mercancías; los fondos no le son pagados y por tanto se ve impedido de comprar las mercancías y de revenderlas con utilidad (2). En ambos casos, el acreedor que prueba que, ha sufrido un daño excedente de los intereses legales, deberá ser indemnizado. Algunos autores ponen en duda esta solución; admiten solamente que la tasa legal de los intereses puede ser excedida cuando una suma de dinero era pagadera en lugar determinado (3). Pero es arbitrario restringir el principio á este caso particular y excluirlo en otros en que el acreedor suministra la misma prueba de un daño superior á la tasa legal de los intereses (4).

---

[1] *Dig.* lib. 13, tit. 4, l. 2, § 8.

[2] l. 2, § 8, arts. 1459 y 1465 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[3] Muhlenbruch, II, § 367; Molitor, I, núm. 299, 3º

[4] Nos fundamos en el *Dig.* lib. 13, tit. 4, l. 2, § 8. Ulpiano reconoce que por la acción *de eo quod certo loco dari oportet*, el demandado puede ser condenado más allá de la tasa legal de los intereses. El jurisconsulto aplica notablemente este principio al caso en que alguno había estipulado en Roma pagar dinero en Efeso; por no haber pagado, había incurrido en una pena ó visto vender sus bienes á vil precio. Del mismo modo Ulpiano decide que, si el estipulante tenía el hábito de comprar mercancías y hubiera sido impedido de comprarlas y realizar una utilidad con su reventa, hay que tomar en consideración la privación de esta ganancia y parece cierto que, aquí igualmente, el jurisconsulto no admite una limitación resultante de la tasa legal de los intereses, [V. antes § 16, notas 2, pág. 82, 83 y 6, pág. 87]. Del mismo modo en el *Dig.* lib. 12, tit. 3, l. 3, Ulpiano observa que el juramento *in litem* podra también ser deferido con ocasión de una deuda pecuniaria, en vista de estimar el interés que tenía el acreedor en ser pagado en un día convenido, sobre todo si debía dinero bajo cláusula penal ó bajo hipoteca. Ahora bien, este juramento *in litem*, carece de objeto si el acreedor es absolutamente limitado á los intereses legales. Cuando, dice Papiniano en el *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 118, § 2, yo he estipulado 10 para mí ó para Ticio, yo hago una *stipulatio incerti* en razón de mi estipulación en favor de Ticio, porque

2º Cuando la cosa debida disminuye ó aumenta de precio después de la mora del deudor, independientemente de un deterioro ó de una mejora intrínsica, esta diminución y aumento de valor no constituyen otra cosa que un *periculum* y *commodum rei*, y desde entonces las reglas mencionadas sobre los riesgos y utilidades de la cosa debida son generalmente aplicables. El acreedor tendrá derecho al más alto valor que ha alcanzado la cosa durante el período de la mora, si la hubiera vendido á este precio en el caso que la hubiera poseído (1); en efecto, en esta hipótesis, la mora del deudor ha impedido al acreedor obtener de la cosa un precio ventajoso, mientras que ahora debe contentarse con el valor reducido de la misma (2). Del mismo

---

es posible que yo deba dinero á Ticio bajo cláusula penal, en cuyo caso tendré un interés indeterminado en que mi deudor pague á Ticio. Ahora bien, este *incertum* no se comprende si no es que la condenación pueda exceder el interés legal de la suma debida. Es necesario ver en estas diversas decisiones la aplicación del principio general que defendemos. El *Dig.* lib. 18, tit. 6, l. 20, parece contrario. Así, el comprador está en mora de pagar el precio; el vendedor que es un negociante, sostiene que si él hubiera podido disponer del dinero que le era debido, habría obtenido más del interés legal. El debe, según la decisión de Hermogeniano, contentarse con este interés. Conciliamos esta ley con las tres precedentes en la aplicación al caso en que el vendedor no establece absolutamente el daño alegado [Arg. de las palabras *consequi potuit* y *quaerere potest*. V. antes § 16, nota 6 pág. 87]. V. en nuestro sentido Mommsen, II, § 26, p. 286, 287 y 292 á 295, y Maynz, II, § 180, nota 9.

[1] La diminución de valor en poder del deudor se habría también producido en poder del acreedor si la cosa le hubiera sido entregada, y por consiguiente no puede tratarse de una responsabilidad del deudor en mora por causa de esa diminución, á no ser que el acreedor que posee la cosa la hubiera vendido en el momento en que ella tenía más valor, mientras que ha sido impedido de venderla, por no tener su posesión.

[2] Si pues la cosa ha subido de valor hasta la sentencia, el acreedor obtendrá ese precio, aprovechándose de él, como de cualquiera otro *commodum rei* [*Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 21, § 3]. Si la cosa ha bajado de valor hasta la sentencia, el deudor deberá tomar en cuenta su precio al principio de la mora, suponiendo que el acreedor, en caso que la hubiera poseído, la hubiera vendido en esta epoca [*Dig. eod,* 1, 3, § 3] y aquí también la prueba incumbe al deudor. Por esto la regla de que el acreedor puede optar, ya por el valor de la cosa en el origen de la mora, ya por su valor al tiempo de la sentencia [L. 3, § 3, cit]. Pero pensamos, por identidad de motivo, que si la cosa alcanzó su más alto valor en un mo-

modo cuando la cosa debida ha perecido accidentalmente después de la mora del deudor y ella no hubiera perecido en poder del acreedor, el deudor deberá pagar el más alto valor que hubiera alcanzado la cosa durante el período de la mora si ella hubiera sido conservada (1). Si la cosa hubiera igualmente perecido en poder del acreedor; pero éste la hubiera vendido antes de su pérdida, podrá reclamar el más alto precio á que se ha elevado la cosa si la hubiera vendido á este precio (2).

II. Las reglas enunciadas admitían modificaciones eñ lo que concierne á las obligaciones de derecho extricto. Aquí los frutos, comprendidos en ellos los intereses, no eran debidos por el duedor sino á partir de la *litis contesta-*

---

mento intermedio, el acreedor puede también pretenderlo. Este sistema es consagrado de una manera positiva por nuestras fuentes en lo que concierne al ladrón [*Dig*. lib. 13, tit. 1, l. 8, § 1]; no hay que ver en esta ley sino la aplicación de un principio general, tanto más cuanto que ella se tunda sobre la mora del ladrón. Véacse en este sentido Puchta, § 268 y Maynz, II, § 180, A, 4º Muchos autores restringen al caso de robo la disposición que permite al acreedor reclamar el más alto valor de la cosa en un momento cualquiera de la mora del dendor; en los demás casos el acreedor no podría optar sino por el valor de la cosa en uno de los dos puntos extremos del periodo de la mora [Savigny, VI, § 275 á 277; Sintenis, II, § 93; Mommsen, III, § 21.

[1] *Dig*. lib. 13, tit. 3, l. 3. El sentido de la dísposición final de esta ley es el siguiente. Que la cosa debida exista todavía ó que el deudor sea responsable de su pérdida [*in utroque autem*], el acreedor puede pedir que se tome en cuenta el valor de la cosa en el origen de la mora, por ejemplo, si el esclavo debido es inutilizado después de la móra. No se puede concluir de las palabras *si vero desierit . . . vulnerato* que es prohibido al acreedor referirse á un momento posterior á la pérdida de cosa para obtener un valor superior: el jurisconsulto no prevee el caso en que la cosa hubiera aumentado de valor si ella hubiera sido conservada. [Mommsen, III, § 21, nota 5]. En cuanto á la disposición iniciada de la ley 3, véase antes § 16, nota 1 pág. 94].

[2] En lo que concierne al lugar con respecto al cual debe hacerse la estimación, es el lugar del pago [*Dig*. lib. 13, tit. 4, l. 2, § 8]. Sin embargo, el *Dig*. lib. 19, tit. 1, l. 3, § 3, decide que el comprador puede exigir del vendedor en mora el más alto precio de la cosa, ya en el lugar del pago, ya en el de la demanda; en razón de la mora del vendedor, el comprador estaría, pues, autorizado para reclamar la estimación más elevada del lugar de la acción. Esta regla era sin duda una consecuencia del principio clásico de que el demandado debía siempre ser condenado á una suma de dinero pagadera en el lugar de la demanda. Ella no

tio (1). De otro lado el valor de la cosa debida se determinaba de una manera absoluta en el mismo momento (2).

§ 22. *Efectos de la mora del acreedor.*

También el acreedor, cuando está en mora, debe soportar todas las consecuencias dañosas de su culpa; no puede resultar de esta ninguna pérdida, ninguna desventaja para el deudor (3). Notablemente:

1º El deudor que respondía precedentemente de la culpa leve, no está ya obligado sino por el dolo y la culpa grave. Si su responsabilidad anterior persistiera, la mora del acreedor le causaría un daño; todo lo que se puede todavía razonablemente exigir del deudor es que se abstenga de dañar al acreedor por dolo ó culpa grave (4). Con mayor razón, el deudor que soportase hasta allí los riesgos y peligros, será descargado de ellos, y la cosa debida perecerá para el acreedor en mora. En general, este último principio no tendrá objeto, porque la cosa está ya á los riesgos

---

debe ya ser seguida en el derecho nuevo, en que el deudor es condenado á pagar la cosa misma debida, y solamente de una manera subsidiaria su equivalente en dinero; así había sido ya abandonada en la acción arbitraria *de eo quod certo loco* [*Dig*. lib. 13, tit. 4, l. 2, § 8. Mommsen, III, § 22, p. 219, 222].

[1] *Dig*. lib. 22, tit. 1, l. 13, § 1 y l. 38 § 7; *Cod*. lib. 4, tit. 5, l. 1, § 1; *Id*. lib. 4, tit. 7, l. 4.

[2] *Dig*. lib. 13, tit. 6, l. 3, § 2. *Id*. lib. 12, tit. 1, l. 22; *Id*. lib. 13, tit. 3, l. l. 3 y 4, Véase antes § 16, nota 1, pág. 94. El *Dig*. lib. 17, tit. 1, l. 59, § 5, indica también un efecto enteramente especial de la mora del deudor. Cuando alguno no se ha comprometido sino por cierto tiempo y antes de la expiración de este ha sido puesto en mora, queda obligado aunque el plazo haya venido á expirar más tarde. Evidentemente porque si no, la mora del deudor dañaría al acreedor, haciéndole perder su crédito. Algunos interpretes han concluido sin razón de la ley 59, § 5, que la mora del deudor perpetuaba las acciones tamporales, lo que sería inexplicable. V. en nuestro sentido Molitor, I, núm. 331; Mommsen, III, § 27 y nota 22.

[3] *Dig*. lib. 33, tit. 6, l. 8.

[4] *Dig*. lib. 18, tit. 6, ll. 5 y 8; *Id*. lib. 24, tit. 3, l. 9.

del acreedor independientemente de su mora, por la naturaleza misma de la obligación; la mora del acreedor no traerá pues ningún cambio en los riesgos y peligros. Pero hay dos casos en los cuales, hecha abstracción de la mora del acreedor, la cosa perece para el deudor, á saber cuando éste ha asumido los riesgos por una convención especial y cuando se trata de deudas génericas. Ahora bien, en estos casos, la mora del acreedor tendrá por efecto transferir los riesgos del deudor al acreedor. En el caso especial de una obligación genérica, la cosa que el deudor hubiera inútilmente ofrecido al acreedor, estará á riesgo de este último, lo que será posible, puesto que es un cuerpo cierto; al menos será así, en tanto que el deudor mantuviera la oferta del cuerpo cierto (1). Si la cosa debida perece durante la mora del acreedor á consecuencia del dolo ó de la culpa grave del deudor, éste no debe sino el menor valor de la cosa, ya al principio de la mora del acreedor (2), ya en el momento de la demanda (3); en efecto, un aumento de valor sobrevenido después del principio de la mora no puede agravar la condición del deudor y una diminución de precio constituye un riesgo que el acreedor debe soportar (4).

---

[1] *Dig.* lib. 30. *de leg.* I, 1. 84, § 3; *Id.* lib. 44, tit. 4, l. 6; *Id.* lib. 46, tit. 3, l. 72.

[2] *Dig.* lib. 17, tit. 1, l. 37.

[3] *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 3, § 4.

[4] De otro lado, en cuanto al lugar en que la cosa ha de ser estimada, es el lugar del pago [*Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 3, § 4]. Si la deuda era fungible y por tanto pagadera en cualquier lugar, el deudor puede exigir que la estimación se haga ya en el lugar en que ha ofrecido inutilmente un cuerpo cierto la acreedor, ya en el lugar en que este cuerpo cierto ha perecido, con tal de que no lo haya dislocado fraudulentamente. Salvo este caso, la dislocación no debe agravar la obligación del deudor si la cosa ha ganado en valor, y si ella ha perdido de su precio, el riesgo es para el acreedor, l, 3, § 4, cit. y Pothier, *Pandectae Justinianae* 19, 1, núm. 81. Mommsen, III, § 30, nota 19, interpreta muy de otra manera la ley 3, § 4 cit. En general sobre la época y el lugar de la estimación véase al mismo autor, § 30, p. 293-296. En lo que toca al derecho de abandono que puede pertenecer al deudor, á causa de la mora del acreedor, nos referimos á lo que hemos dicho § 11, II, 4º.

2°. El acreedor está obligado á reembolsar al deudor los gastos legítimos hechos desde la mora para la guarda y conservación de la cosa debida (1).

§ 23. *De la cesación de la mora.*

I. *De las causas que hacen cesar la mora.* La mora cesa:

1° Por la extinción de la deuda; extinguida la deuda, la mora no tiene ya objeto. La mora tendrá pues fin por el pago, la remisión de la deuda, la compensación, la novación (2), etc.

2° Por la oferta del deudor de pagar (3) ó por la oferta del acreedor de recibir el pago (4), según que es el deudor ó el acreedor quien está en mora; la oferta de pagar ó de recibir el pago hace cesar la culpa y ésta es la base de la mo-

---

[1] *Dig.* lib. 18, tit. 6, l. 1, § 3; *Id.* lib, 19, tit. 1, l. 38, § 1. Es claró que, á partir de la mora del acreedor, los intereses moratorios que corrían hasta entonces contra el deudor en mora, cesan de correr; porque la mora del acreedor pone fin á la mora del deudor. Pero todos los demás intereses, voluntarios ó legales, continuan corriendo plenamente; la consignación es indispensable para detener su curso. En efecto, el deudor que se limita á hacer ofertas sin consignar, conserva en realidad el uso del capital de otro, importando poco que el acreedor haya podido usar de él, si hubiera querido. Véase para los intereses voluntarios el *Dig.* lib. 22, tit. 1, l. 7 y *Cod.* lib. 4, tit. 32, l. l. 6 y 19 y para los intereses legales *Dig.* lib. 22, tit. 1, l. 1, § 3 y l. 18. § 1; *Id.* lib. 26, tit. 7, l. 28, § 1 y *Cod.* lib. 4, tit. 32, l. 9 y 2 que se limita á decidir que el curso de los intereses no se detiene por una consignación hecha sin oferta previa. Del *Dig.* lib. 22, tit. 1, l. 17, § 3 y del *Cod.* lib. 5, tit. 56, l. 4 resulta solamente que los intereses legales debidos á los menores cesan de correr cuando el pago es impelido por circunstancias relativas á estos [*Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 122, § 5 y *Cod.* lib. 4, tit. 32, l. 9]. En fin, si segun el *Cod.* lib. 4, tit. 32, l. 12, el acreedor prendario en mora de recibir su capital, pierde su derecho á los frutos de la cosa empeñada, aunque estos frutos hagan veces de intereses, es preciso suponer que el capital habia sido depositado. En nuestro sentido Sintenis, II, § 93, p. 217 y otros. *Contra:* en cuanto á los intereses moratorios Gluck, IV, § 330, p. 419 á 421; Maynz, II, § 29 y nota 6 y en cuanto á los intereses legales Mommsen, III, § 30, p. 288 y 289.

[2] *Dig.* lib. 46, tit. 2, l. 8; *Id.* lib. 13, tit. 1, l. 17; *Id.* lib. 45, tit. 1, l. 29, § 1. Arts. 1566-1578 y 1612 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[3] *Dig.* lib, 18, tit. 6, l. 18; *Id.* lib. 45, tit. 1, l. 73, § 2 y l. 91 § 3.

[4] *Dig.* lib. 18, tit. 6, l. 18.

ra (1). Pero no es necesario que la oferta mencionada haya tenido por resultado constituir al adversario en mora. Así, el deudor que está en mora ofrece pagar; el pago no se verifica, sin que se pueda reprochar una culpa al acreedor; éste no estará en mora; pero la mora del deudor habrá sido purgada, al mismo tiempo que su culpa. Sin embargo, frecuentemente la oferta de la parte en mora tendrá el doble efecto de purgar su propia mora y de producir la del adversario; la segunda mora borrará la primera (2).

3º Por la renuncia de la parte del adversario al beneficio de la mora, la que se puede verificar tácitamente, por ejemplo, el acreedor otorga al deudor en mora un nuevo plazo de pago (3). Cuando el acreedor arregla con su deudor en mora una novación condicional, le otorga implícitamente un plazo para el pago de la antigua deuda; se compromete á no demandarlo sino en tanto que la condición puesta á la nueva obligación venga á faltar [4].

II. *De los efectos de la cesación de la mora.* Cesando la mora, es evidente que sus efectos cesan también para el porvenir; el deudor que purga su mora, quedará pues, descargado de los riesgos y peligros [5], los intereses morato-

---

[1] Es necesario naturalmente que las ofertas del deudor comprendan todo lo que debe en virtud de la mora.

[2] *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 51; *Id.* lib. 18, tit. 6, l. 18.

[3] *Dig.* lib. 2, tit. 14, l. 54.

(4) Si, pues, la cosa que era objeto de las dos deudas perece accidentalmente *pendente conditione*, el deudor quedará libre de la antigua deuda, si la nueva no pudiera ya llegar á existir por falta de objeto [*Dig.* lib. 46, tit. 3, l. 72, §§ 1 y 3; *Id.* lib. 46, tit. 2, l. 14. *Contra: Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 56, § 8 é *Id.* lib. 46, tit. 2, l. 31]. Las dos últimas leyes admiten que la mora del deudor subsiste á pesar de la novación condicional; que por tanto no queda libre por la pérdida accidental de la cosa y que, si la condición se cumple más tarde, la obligación antigua es novada, al menos si la novación se verifica entre las mismas personas. Es necesario dar la preferencia á las dos primeras decisiones por ser las más racionales. Véase en este sentido Mommsen, III, § 35, p. 332 á 335 y Vangerow, III, § 619. *Anm.* 2.

(5) *Dig.* lib. 24, tit. 3, l. 26; *Id.* lib. 46, tit. 2, l. 8.

rios cesarán de correr, etc. Pero, en principio, los efectos que la mora había ya producido en el momento en que ha cesado, continuarán plenamente adquiridos por la parte adversa y en particular los intereses moratorios que han corrido ya, permanecen debidos al acreedor [1]. Para que el adversario de la parte en mora pierda la utilidad de los efectos ya producidos por la mora, es preciso que renuncie á ellos de una manera especial, expresa ó tácitamente; por ejemplo el acreedor recibe el pago de su deudor, le remite la deuda ó arregla una novación con él, sin reservar su derecho con relación á los intereses moratorios; la omisión de esta reserva implica una renuncia tácita [2].

SECCIÓN IV. DE LOS MEDIOS DE ASEGURAR LA EJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

§ 24. *Enumeración.*

Los medios de asegurar la ejecución de las obligaciones son:

1º La cláusula penal.

2º La dación de arras.

3º Las intercesiones. y

4º En ciertos casos, el juramento. En general, el juramento llamado promisorio no tiene sino una fuerza moral; no añade nada al valor jurídico de una promesa [3]. No es sino en ciertas hipótesis muy excepcionales cuando el Derecho Romano deroga esta regla. Los menores pueden renunciar válidamente á la restitución *in integrum* bajo la

(1) *Cod.* lib. 4, tit. 8, l. 2.
(2) Windscheid, II, § 281. 4º
(3) *Dig.* lib. 2, tit. 14, l. 7, § 16; *Cod.* lib. 1, tit. 14, *de leg.* l. 5, § 2.

fe del juramento [1]. Del mismo modo son válidas, con tal que sean garantizadas por juramento, las promesas unilaterales de servicios ó de regalos hechos por un liberto á su patrono con ocasión de su manumisión [2]. En fin, si una transacción ha sido confirmada por el juramento de un contratante mayor, su violación produce la infamia (3).

I. DE LA CLÁUSULA PENAL

§ 25. *Nociones generales.*

1º La cláusula penal (*penae stipulatio*) es una convención accesoria por la cual un deudor promete alguna cosa para el caso en que faltara á su obligación (4). Esta cláusula presenta una doble ventaja. Asegura desde luego la ejecución de la obligación princidal por la amenaza de una pena; el deudor sabe que, por no cumplir con el pago de su deuda, incurrirá en una pena; esta amenaza debe determinarlo de una manera especial á ejecutar su obligación (5). Después la cláusula penal dispensa al acreedor de la prueba difícil de los daños y perjuicios en caso que el deudor no satisfaga su obligación; lo sustrae á una estimación de estos daños y perjuicios de parte del juez, estimación eminentemente subjetiva y por tanto no poco arbitraria (6). La pena puede por lo demás consistir en una cosa cualquie-

---

(1) *Cod.* lib. 2, tit. 27, l. 1. Pero el juramento del menor no le impide atacar las convenciones que ha concluido irregularmente sin su tutor ó curador ó bien sin un decreto del magistrado; el menor es protejido en esto, además de la restitución *in integrum*.

(2) Ley romana de los Visigodos, Gaius, II, 9, 4; *Dig.* lib. 38, tit. 1, l. 7. Véase después § 224, 4º de esta obra.

(3) *Cod.* lib. 2, tit. 4, l. 41. A propósito de la invocación del nombre del emperador véase el *Dig.* lib. 12, tit. 2, l. 13, § 6 y *Cod.* lib. 2, tit. 4, l. 41, § 1.

[4] *Inst.* lib. 3, tit. 19, § 19; *Dig.* lib. 2, tit. 14, l. 10, § 1. Art. 1311 del Cod. Civ. del D. F. de México.

[5] *Cod.* lib. 2, tit. 55, l. 1.

[6] *Inst.* lib. 3, tit. 15, § 7.

ra (1); pero casi siempre ella es pecuniaria (2), su monto depende también soberamente de la voluntad de las partes (3), con tal de que no haya convención usuraria (4). Un caracter esencial de la cláusula penal es que ella forma una convención accesoria; garantiza la ejecución de otra obligación. Resulta de esto que, si esta última obligación es nula, la cláusula penal lo es igualmente; lo accesorio sigue siempre la condición de lo principal. Así se vende por error un caballo muerto el día del contrato, añadiendo una cláusula penal á la venta; las dos convenciones son heridas de la misma nulidad (5). Pero es claro que la nulidad de la cláusula penal no impide la validez de la obligación principal; lo accesorio no influye sobre lo principal. En lo que concierne á la forma de la cláusula penal, basta un simple pacto si la cláusula es añadida á un contrato de buena fe; pero si ella es añadida á un contrato de derecho estricto, es necesaria una estipulación (6). En realidad los Romanos no empleaban sino la estipulación, aun con ocasión de los contratos de buena fe.

2° Acabamos de considerar la estipulación penal como convención accesoria; ella se presenta entonces bajo la siguiente forma: "os prometo un caballo, y para el caso en que no os lo entregare, me comprometo á pagar 100" Se debería reservar á este especie el nombre de *cláusula penal* (7). Pero la estipulación penal puede ser también una

---

[1] *Dig*. lib. 4, tit. 8, l. 11, § 2 y l 28.

[2] *Inst*. lib. 3, tit, 15, § 7.

[3] *Dig*. lib. 4, tit. 8, l. 32.

[4] *Dig*. lib. 19, tit. 1, l. 13, § 26. *Id*. lib. 22, tit. 1, l. 9; *Cod*. lib. 4, tit. 32, l. l. 15 y 16. Art. 1313 del Cod. Civ. del D. F. de México.

[5] *Dig*. lib. 45, tit. 1, l. 69; *Cod*. lib. 8, tit. 38, l. 2. Arts. 1312 y 2835 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[6] Véase adelante en esta obra, § 50, 2° y § 185.

(7) Papiniano la designa por las palabras *scipulatio quae non á conditione coepit;* la estipulación condicional de la pena es en efecto precedida de una esti-

convención principal; tiene este carácter cuando no tiende á garantizar la ejecución de otra obligación. Sucederá así evidentemente cuando ninguna otra convención hubiere intervenido entre las partes, por ejemplo, yo me comprometo directamente á pagaros cien si no os entrego tal caballo, sin prometeros en manera alguna el caballo mismo (1). Pero será preciso decir otro tanto cuando, habiendo intervenido otra convención, ésta es nula, y conociendo las partes esta nulidad, hubieran querido precisamente cubrir, por la estipulación penal, el vicio de su primera convención: en este caso, es como si las partes se hubieran limitado á hacer la estipulación penal. Yo estipulo que no sembraréis vuestro fundo y además que si lo cultiváis, me pagaréis cién. La primera estipulación es nula porque no tengo en ella ningún interés. La estipulación penal tiene por objeto cubrir este vicio; ella me crea un interés (2). Esta estipulación penal principal debería ser la única llamada *estipulación penal* (3), Por el momento nos limitaremos á indicar una sola diferencia entre la cláusula penal y la estipulación penal; las demás diferencias serán mencionadas con ocasión de la teoría de la cláusula penal. En el caso de una cláusula penal, existe una doble obligación, la una principal, la otra accesoria y condicional; el estipulante tiene un doble derecho: puede ó bien demandar la

---

pulación principal [*Dig*. lib. 45, tit. 1, l. 115, § 2].

[1] *Dig*. lib. 45, tit. 1, l. 115, § 2. Arts. 1364 y relativos del Cód. Civ. del D. F. de México.

[2] He aquí dos especies análogas; Yo estipulo con vos que X me hará un cuadro y que si no lo hace, me pagareis 100. Estipulo con vos que haréis un cuadro para X y que, en caso contrario, me pagaréis 100. En cada caso la primera convención es nula; no se puede prometer el hecho de un tercero ni estipular por un tercero. Pero la estipulación penal cubre el vicio, puesto que se promete en ella para si mismo, que se estipula para si mismo [*Inst*. lib. 3, tit. 19, §§ 19 y 21. Véase adelante en esta obra § 111, I]. *Contra:* Art. 1428 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[3] Papiniano dice de ella que es una *stipulatio quæ a condictione cœpit*, porque es independiente de cualquiera otra convención.

ejecución de la obligación principal, ó bien reclamar la pena en que se ha incurrido. Sin embargo, la nulidad de la obligación principal importa la de la cláusula penal (1). Por el contrario, la estipulación penal no engendra sino una obligación única, la de pagar la pena; el estipulante no tiene jamás derecho á otra cosa. Pero también es un derecho propio é independiente de cualquiera otro (2).

§ 26. *Del momento en que se incurre en la pena.*

La cláusula penal, considerada de una manera general, es ciertamente una promesa condicional; la condición consiste en la inejecución de una pena, hay que referirse ante todo á la teoría de las condiciones. Pero la condición implicada en la cláusula penal es de una naturaleza particular; supone la inejecución de una obligación principal. De allí modificaciones de la teoría común de las condiciones. Para determinar el momento en que se incurre en la pena, es preciso distinguir si la obligación principal es á plazo ó pura y simple.

1º Si es á plazo, se incurre en la pena por sólo que el plazo transcurra sin que el deudor ejecute su obligación, no es necesario que haya sido interpelado á pagar. En efecto, el deudor ha prometido la pena para el caso de inejecución de la obligación; luego para el caso en que no pagare en el plazo convenido; ahora bien esta condición se ha realizado cuando, el día del vencimiento, el pago no se ha efectuado, poco importa que no haya habido interpelación, la convención constituye la ley de las partes (3). Sin em-

---

[1] *Cod.* lib, 2, tit. 3, l. 14.

[2] *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 115, § 2.

[3] *Dig.* lib. 4, tit. 8, l. 23; *Id.* lib. 44, tit. 7, l. 23; *Cod.* lib. 8, tit. 37, l. 12. Arts. 1311 y 1423 fr. I del Cód. Civ. del D. F. de México.

bargo, no se incurre en la pena, si la cosa debida principalmente ha perecido por accidente antes del vencimiento del plazo; aquí la obligación principal se extingue antes del vencimiento y por tanto la obligación accesoria de pagar la pena ha tenido la misma suerte; el deudor no puede ya incurrir en una pena por causa de inejecución de una obligación extinguida (1). Por cierta que parezca esta regla desde el punto de vista de los principios generales y de los textos se la ha puesto en duda y se ha enseñado que la pena es debida al vencimiento, aun cuando la ejecución de la obligación principal se hubiera hecho imposible sin culpa del deudor (2). Sucede de otra manera si se trata de una estipulación penal principal; aquí la pena es debida, no obstante la pérdida accidental de la cosa, porque la condición se ha realizado; poco importa que nada se pueda reprochar al promitente (3).

2º Cuando la obligación principal es pura y simple, se incurre en la pena desde que el deudor es culpable en cuanto á la ejecución de su obligación; en otros términos, desde que, habiendo podido ejecutarla, se encuentra en estado de no haberlo hecho. En efecto, la pena ha sido prometida para el caso de inejecución de la obligación, luego para el caso en que ella faltara por su culpa; aquí también la con-

---

[1] *Dig.* lib. 4, tit. 8, l. 21, § 9. *Id.* lib. 2, tit. 11, l. 2, §§ 1 y 9 y l. 4 §§ 1 y 4. *Non obstat* el *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 77 ni el *Dig.* lib. 22, tit. 2, l. 9. Resulta solamente de estas dos últimas leyes que se incurre en la pena, aunque el día del vencimiento, la herencia del deudor esté yacente; aquí la obligación principal subsiste plenamente. Arts, 1317 y 3180 del Código Civil del Distrito Federal de México.

[2] Se eliminan arbitrariamente los textos sobre los cuales nos fundamos, presentándolos como decisiones especiales respecto de cláusulas penales relativas á un proceso ó á un compromiso. Véanse en este sentido Molitor, I, núms. 159-161 y 162; Maynz, II, § 258, p. 416 y 417 y, al menos, para las obligaciones de buena fe Savigny, II, § 80 B. p. 279 á 281. *Contra;* Vangerow, III, § 614, *Anm.* nº III, 1º y Windscheid, II, § 285, 1º y nota 2.

[3] Véase adelante § 97.

vención constituye la ley de las partes. Así, yo os vendo un caballo, y para el caso en que no os lo entregara me comprometo á pagaros una pena de 100; desde el momento que no os entrego el caballo, se incurre en la pena de 100 (1). Luego, para que se incurra en la pena, no es necesario que el deudor haya sido interpelado á pagar. No es necesario tampoco que la ejecución de la obligación principal se haya hecho imposible, por ejemplo, que el caballo prometido haya perecido por culpa del deudor. Comprobamos aquí una nueva diferencia con la estipulación penal principal. Yo os prometo 100 si no os entrego tal caballo; la pena no es debida sino si la tradición del caballo se ha hecho imposible, si el caballo ha perecido. La razón de esto es que las condiciones negativas no son cumplidas sino cuando el acontecimiento á que se refieren no puede ya realizarse (2). Pero, si es verdad que, en el caso de una cláusula penal, se incurre en la pena desde que el deudor falta á su obligación, no se incurre en ella tampoco sino en tanto que esa falta exista. De aquí una consecuencia importante. La cosa debida principalmente perece á causa de un accidente, antes de toda culpa de parte del deudor; la pena no es debida. En efecto, la obligación principal se ha extinguido por la pérdida accidental de la cosa y ha sucedido lo mismo con la obligación accesoria de pagar la pena;

---

[1] *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 115, § 2. Arts. 1423 fr. II, 1424 y 1425 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[2] Papiniano explica bien esta diferencia en la ley 115, § 2 cit. Toma por ejemplo la estipulación: *si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?* ¿Cuándo son debidos los 100? Solamente cuando Pánfilo no puede ya ser dado, decía Pagaso; desde que Pánfilo ha podido ser dado, respondía Sabino. Papiniano se pronuncia en favor de la última opinión, cuando se trata de una estipulación penal accesoria. En el caso de una estipulación penal principal, admite virtualmente la doctrina de Pagaso. Por lo demás Sabino mismo parecía restringir su sistema á la cláusula penal; porque se fundaba en lo que era admitido en el legado de provisiones de boca [*penus*] cuando, para el caso de inejecución de este legado, se había legado una suma de dinero. Art. 1355 del Cód. Civ. del D. F. de México.

el deudor no puede ya ser culpable de no ejecutar una obligación extingida. Sucedería de otro modo si la pérdida accidental de la cosa debida fuese posterior á la culpa: entonces se ha incurrido en la pena por efecto de la culpa misma y queda debida no obstante la pérdida accidental subsecuente. Se siguen reglas absolutamente diferentes en cuanto á la estipulación penal principal. Os prometo pagar 100 si no os entrego tal caballo; el caballo perece, poco importa cómo; la pena es debida, porque es cumplida la condición negativa bajo la cual ella fue prometida; el acontecimiento al cual se refería la condición, no puede ya realizarse. Hemos dicho que, en las obligaciones puras y simples se incurre en la pena desde el momento que el deudor falta á su obligación. La regla admite sin embargo el temperamento de que el deudor puede, hasta la *litis contestatio*, sustraerse al pago de la pena, ejecutando la obligación principal (1).

Por lo demás es indiferente, en las obligaciones puras y simples ó á plazo, que la obligación no haya recibido ninguna ejecución ó que haya tenido una ejecución parcial. La pena se estipula para el caso en que la obligación no sea ejecutada; ahora bien ella no lo es por un pago parcial (2). No solamente se incurre en la pena por la ejecución parcial de la obligación, sino que se incurre en la pena toda entera; el deudor no puede reclamar una reducción proporcional de la pena; tal pretensión es contraria al contrato (3) Para que no se incurra en la pena sino en parte, en razón de una ejecución parcial de las obligaciones, se necesita una convención especial (4).

---

[1] *Dig*. lib. 4, tit. 8, l. 21, § 12; l. 22, l. 52; *Id*. lib. 45, tit. 1, l. 122, § 2.

[2] *Dig*. lib. 19, tit. 1, l. 47. *Contra:* Arts. 1314 y 1315 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[3] *Arg*. *Dig*. lib. 19, tit. 1, l. 47.

[4] *Dig*. lib. 2, tit. 11, l. 9, § 1. Véase en este sentido Vangerow, III, § 614 *Anm*. núm. III y Windescheid, II, § 285, 2º Molitor, I, núm. 164 autoriza de pleno derecho al juez á reducir la pena cuando la obligación ha sido ejecutada en parte; su opinión es erronea.

En lo que precede hemos tenido particularmente en mira una obligación principal consistente en hacer. Si ella consiste en no hacer, es evidente que se incnrre en la pena cuando el deudor ha hecho aquello de que debía abstenerse (1).

§ 27. *Efectos de la pena.*

I. Habiéndose incurrido en la pena, el acreedor es generalmente libre de demandar, á su elección, la obligación principal ó la pena (2). Claro es que tiene el derecho de reclamar la pena; si lo hace, el deudor no puede ofrecer ejecutar la obligación principal (3), ni reclamar una reducción de la pena, ni aun por ejecucion parcial de la obligación (4). Por otra parte, el acreedor tiene también derecho de atenerse á la obligación principal; la pena es establecida en su interés y por tanto debe serle permitido renunciar á ella; entonces el deudor no puede ofrecer el pago de la pena (5). El acreedor tomará el segundo partido si los daños y perjuicios debidos de pleno derecho por la inejecución de la obligación principal son superiores al monto de la pena (6). Pero el acreedor no puede acumular la demanda de la obligación principal y la de la pena; en efecto, la pena se estipula para el caso de inejecución de la obligación principal, y es evidente que no se puede demandar á la vez la ejecución de esta obligación y la pena estipulada

---

[1] *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 122, § 6. Art. 1428 del Cód. Civ. del D. F. de Méxicó.

[2] *Cod.* lib. 2, tit. 3, l. 14; *Id.* lib. 2, tit. 4, l. 40. Art. 1316 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[3] Arg. de las mismas leyes,

[4] Véase § 26 en esta obra.

[5] Arg. *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 28 é *Id.* lib. 17, tit. 2; l. 41.

[6] Arg. l. 41, cit.

para el caso de inejecución (1). Por derogación de estas reglas:

1º Se admite al acreedor á demandar acumulativamente la obligación principal y la pena, cuando esta ha sido estipulada por el simple retardo en la ejecución de la obligación principal. Nada se opone entonces á la acumulación de que se trata; la pena no es destinada á ocupar el lugar de la ejecución de la obligación principal, sino el de su ejecución en la época convenida (2). Solamente que este caracter de la pena no podría presumirse, y por tanto, para que se le pueda admitir, es indispensable una convención especial (3).

2º Las partes pueden también convenir en que la pena tendrá el carácter de una facultad, es decir que el deudor tendrá el derecho de desistirse de la obligación principal por el pago de la pena. En este caso, lo principal es lo único debido; todavía no lo es absolutamente, porque el deudor puede librarse pagando la pena convenida. En una palabra, hay aquí una obligación llamada facultativa, en que lo principal es debido, con facultad de pagar la pena. Los intérpretes del Derecho Romano hablan en el caso de una *múlcta paenitentialis*. Pero, á decir verdad, si el deudor puede desistirse, no es á causa de la pena, sino porque ha estipulado el derecho de-sistirse; la pena traba el desistimiento, porque sin ella el deudor sería libre de desistirse impunemente. Aquí, como en otra parte, la pena considerada en sí misma es confirmatoria y no penitencial. Claro es

---

[1] *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 28; *Id.* lib. 17, tit. 2, l. 42. Art. 1316 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[2] *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 115 § 2; l. 122, § 6; *Cod.* lib. 2, tit. 4, l. 17. *Dig.* lib. 2, tit. 15, l. 16. En las dos últimas leyes, las palabras *manente transactionis placito y rato manente pacto* significan que la pena había sido estipulada sin perjuicio de la observancia de la transacción [Vangerow, III, § 614, *Anm.* núm. IV 3 y Maynz, II, § 258, A y nota 21].

[3] Arg. de los textos citados en la nota precedente.

que la pena no constituye una facultad sino mediante una convención especial, un pacto de desistimiento (*pactum displicentiae*).

3º En fin, es posible que la intención de las partes haya sido novar la obligación principal por la obligación condicional de pagar la pena, en caso de inejecución de la deuda primitiva (1). En esta hipótesis, conforme á los principios generales sobre la novación, tanto como la condición puesta á la nueva deuda (la inejecución de la antigua) está en suspenso, tanto el acreedor no puede reclamar el pago ni de lo principal ni de la pena (2). Si el deudor paga espontáneamente lo principal, faltan la condición de la novación y por tanto la novación misma. Si él no paga lo principal, la condición de la novación se realiza; la deuda primitiva se extingue y es reemplazada por la obligación de pagar la pena (3). Como la novación no se presume, la estipulación penal no implicará una novación sino cuando resulte de una cláusula del contrato ó bien de las circunstancias que las partes han tenido la intención de novar (4).

II. ¿Cómo se incurre en la pena cuando, en la obligación garantizada por la cláusula penal, intervienen muchos deudores ó muchos acreedores? En la solución de esta cuestión suponemos una obligación principal divisible y no solidaria; los casos en que la obligación es indivisible ó soli-

---

[1] *Dig*. lib. 44, tit. 7, l. 44, § 6; *Id*. lib. 45, tit. 1. l. 115, § 2. Art. 1606 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[2] Arg. *Inst*. lib. 3, tit. 28, § 3, *Dig*. lib. 46, tit. 2, l. 14.

[3] *Dig*. lib. 44, tit, 7, l. 44, § 6; *Id*. lib. 45, tit. 1, l. 115. § 2. Sin embargo, como en el caso de una cláusula penal propiamente dicha, hasta la *litis contestatio*, es facultativo para el deudor pagar lo principal [*Dig*. lib. 45, tit. 1, l. 84].

[4] Arg. *Dig*. lib. 17, tit. 2, l. 71. Nuestras fuentes admiten una novación tácita cuando lo principal y la pena son prometidos por una estipulación única: *Stichum dari spondes? si Stichum non dederis, centum dari spondes? Spondeo*. [*Dig*. lib. 44, tit. 7, l. 44, § 6; *Id*. lib. 45, tit. 1. l. 115, § 2; Arg. *Dig*. lib. 17, tit. 2, l. 71.] Véase Vangerow, III, 614, *Anm*. núm. IV, 1º y Savigny, I, § 31. Art. 1611 del Cód. Civ. del D. F. de México.

daria, pertenecen á las teorías de la indivisibilidad y de la solidaridad de las obligaciones (1). No hay dificultad si, en el momento de la inejecución de la obligación, ésta no comprendía todavía sino un solo deudor y un solo acreedor y más tarde el deudor ó el acreedor ha muerto, dejando muchos herederos. En el caso, la pena es debida por cada heredero del deudor ó á cada heredero del acreedor, en proporción de su parte hereditaria. En efecto, se ha incurrido en la pena por el todo por el deudor muerto ó respecto del acreedor muerto; á consecuencia de la muerte, la obligación de pagar la pena se ha hecho una deuda ó un crédito hereditario: ahora bien las deudas y los créditos hereditarios se dividen entre los herederos en proporción de sus partes respectivas en la sucesión, á menos que ellas sean indivisibles, lo que no es el caso para la obligación de pagar una pena consistente en una suma de dinero ó en otras cosas corporales (2). ¿Pero qué decidir si al tiempo de la inejecución de la obligación, había ya muchos deudores ó acreedores, ya originarios, ya en virtud de la herencia, y la inejecución no se verificó sino de parte de un sólo deudor ó respecto de un solo acreedor? En principio, la pena no es debida sino por este deudor ó á aquel acreedor y solamente por su parte individual ó hereditaria. La regla se funda en que, en el momento en que se ha faltado á la obligación principal, divisible y no solidaria, esta obligación y la de pagar una pena consistente en una cosa corpórea estaban perfectamente divididas entre los diferentes deudores ó acreedores; desde este doble punto de vista, cada uno no era deudor ó acreedor sino por su parte y porción, por aplicación del principio general de que las obligaciones se divi-

---

[1] Véase adelante § 52, III y 56. III.

[2] Arg. *Dig*. lib. 45, tit. 1, l. 72. Arts. 1318 á 1321 del Cód. Civ. del D. F. de México.

den activa y pasivamente entre los cointeresados (1). Este sistema es consagrado para los deudores por el *Dig.* Lib. 45, tít. 1, l, 4, § 1 (2) y para los acreedores por el *Dig. eod*, ll. 2, § 6, 3 § 1 y 4 (3). Pero en lo que concierne á los deu-

[1] Se podría objetar que, siendo único el deudor y el acreedor, un pago parcial de la deuda no impide que se incurra en la pena por el todo. Pero es éste el efecto del contrato por el cual el deudor único se ha obligado con el acreedor único á pagarle la pena en el caso en que no ejecutara su obligación. Si hay pluralidad de deudores ó de acreedores originarios ó de herederos del deudor ó del acreedor, cada uno no promete ó no estipnla ó bien se presume que no ha prometido ó estipulado sino una parte de la obligación principal y por consecuencia solamente una parte de la pena.

[2] Este pasaje comprende dos partes. En la primera Paulo refiere la opinión de Caton; en la segunda, qne comienza con las palabras: *Sed videamus*, presenta observaciones personales. Catón es de los más explícitos. Si la obligación garantizada por la cláusula penal es indivisible, como la estipulación *iter fieri*, su inejecución de parte de uno solo de los herederos del promitente hace incurrir en la pena á todos en proporción de sus respectivas partes hereditarias. La obligacion principal es divisible y tal es el caso de la estipulación *amplius non agi*, el heredero culpable será el único obligado y por su parte. En efecto, continúa Paulo, la estipulación *amplius non agi* es divisible como la estipulación *ratam rem habiturum*, que se divide activa y pasivamente entre los herederos de las partes. Paulo considera pues como constante la distinción establecida por Catón entre las obligaciones divisibles y las indivisibles; la aplica aún á otra especie, á la estipulación *ratam rem habiturum*, que es ciertamente divisible [*Dig.* lib. 46, tít. 5, l. 2, § 2]. La conclusión que debe deducirse del pasaje es pues, que si una obligación divisible es garantizada por una cláusula penal y viene á faltar uno de los herederos del deudor, él solo estará obligado á la pena y por su parte hereditaria solamente. Por vía de analogía, si uno de los deudores originarios falta á la obligación, él solo incurrirá en la pena por una parte viril. Maynz, II, § 258 y notas 34 y 37, fundándose sobre dos manuscritos del Digesto propone leer: *Ut in illa stipulatione per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat*, en lugar de: *illam stipulationem per te non fieri*, etc. Según esta lección, Catón compararía la estipulación *iter fieri* á la *per te non fieri quo minus mihi ire agere liceat*, mientras que, según la lección común, continúa refiriéndose á la estipulación *iter fieri*. Parece que, si Catón hubiera querido recurrir á una analogía, habría escogido estipulaciones más diferentes que las *iter fieri y per te non fiiri, quo minus mihi ire agere liceat*. El sentido generai del texto queda por lo demás lo mismo, ya se adopte una ú otra lección. De otro lado se ha sostenido que las palabras *sed, videamus ne non idem hic sit* se referían no á la estipulación *amplius no agi* como lo hemos admitido, sino á la estipulación *dolum abesse*, de la cual se trata en el *principium* de la ley 4. Esta correlación es manifiestamente forzada.

[3] La ley 2, § 6, se ocupa de la estipulación indivisible de no turbar en el ejercicio de un *actus* [*sibi heredique suo agere licere*]. El promitente había tur-

dores, el Derecho Romano establece una grave derogación cuando la obligación principal consiste en dar. Aquí la falta de pago de la deuda de parte de uno de los deudores ó herederos del deudor hace incurrir en la pena á todos, aun á aquellos que han pagado su porción de la deuda; cada uno está obligado á la pena por su parte iudividual ó hereditaria, salvo el recurso de los deudores no culpables contra aquel que ha hecho incurrir en la pena. Para explicar esta diferencia entre las obligaciones da dar y las de hacer, se ha alegado que si cada deudor no puede prestar sino su propio hecho y no el hecho de sus coobligados, le es al contrario posible dar una cosa en su totalidad. Pero esta posibilidad no es concluyente; si cada deudor *puede* dar toda la cosa, no la *debe* absolutamente; debería pues estar al abrigo de la pena cuando ha dado su parte ó porción (1).

---

bado á uno de los herederos del estipulante en el ejercicio del *actus*. A falta de cláusula penal, el heredero podrá obrar solo por su parte. Si una pena ha sido estipulada, rigurosamente, dice Paulo, se incurre, en la pena por el todo, es decir que cada heredero del estipulante podría obrar por su parte. Pero, añade el jurisconsulto, los herederos que no han sido turbados, serán rechazados por una excepción de dolo; luego en difinitiva la pena no es debida sino en parte al heredero turbado. Ahora bien, si tal es la regla que debe seguirse en el caso de una obligación principal indivisible, no podría haber mayor severidad respecto de una obligación divisible. Es preciso aún decir aqui [contra Vangerow, III, § 567, *Anm.* 2, núm. II, p. 14] que no se incurre rigurosamente en la pena sino en parte y por el heredero turbado. La ley 3 y la 4 aplican la decisión de la ley 2 § 6 á otras dos estipulaciones indivisibles [*mihi heredique meo habere licere.-dolum abesse a te heredique tuo*]. En cuanto á la ley 3, § 1 no tiene otro objeto que explicarnos porque, en ausencia de una cláusula penal, el deudor está obligado solamente en parte respecto de aquel de los herederos del estipulante á quien ha turbado, mientras que si uno de los herederos del promitente turba, cada heredero está obligado por su parte [l. 2, § 5 y 6 *eod*].

[1] Los textos son decisivos [*Dig.* lib. 10, tit. 2, l. 25, § 13; *Id.* lib. 45, tit. 1, l. 5, § 3 y tit, 4, l. 85. § 6]. Según el *Dig.* lib. 10, tit. 2, l. 25, § 13 si ha sido prometido dinero bajo cláusula penal, la obligación principal se divide entre los herederos del prominente; pero aquel de entre ellos que paga su parte en la deuda, no escapa de la pena. El *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 5, § 3 supone que alguno ha prometido un capital bajo cláusula penal; uno de sus herederos paga sólo su parte de capital; no incurre menos en la pena. La ley 5, § 4 aplica la misma regla al compromiso con cláusula penal, cuando uno solo de los herederos de un contra

III. ¿Cuál es la influencia de la cláusula penal sobre la obligación principal? Cuando el deudor único ejecuta en parte la obligación principal, teniendo un acreedor único, no incurre menos en la pena por el todo (1). Del mismo modo, si se trata de una obligación de dar, el hecho de que uno de los deudores dé en parte la cosa debida no impide á todos incurrir en la pena, cada uno por su parte (2). He aquí por qué se ha dicho que la cláusula penal hacía en cierto modo indivisible la obligación principal (3). Esta apreciación es inexacta. Los caracteres esenciales de la obligación indivisible no existen en el caso. Si es verdad que, para evitar la pena, es necesario pagar toda la deuda, es no menos cierto que no se la *debe* pagar toda entera; se

---

tantes se conforma con la sentencia arbitral. En fin, según la ley 85, § 6 del mismo título, uno había prometido 100 si no daba el fundo Ticiano. A su muerte, algunos de sus herederos hicieron la tradición parcial del fundo; uno solo faltó; se incurrió en la pena de 100 [*pœna comititur centum*], es decir que ella es debida por cada heredero por su parte. Molitor. I, núm. 164 aplica la ley 85, § 6 á una estipulación penal principal. Las palabras: *item si ita stipulatio facta sit: si fundus Titianus datus non erit. centum dari?* vienen en su apoyo. Pero, en este sistema, la decisión de Paulo es inexplicable; los 100 no podrían ser debidos si no es que la tradición del fundo se hubiera hecho imposible; ahora bien Paulo admite que ellos son debidos desde que uno de los herederos ha faltado [l. 115, § 2, *eod*]. Debemos pues suponer en la ley 85, § 6 la existencia de una obligación principal y referir su decisión á una cláusula penal propiamente dicha [Arg. l. 85, §5 *eod*]. Es también la opinión común [Vangerow, III, § 614, *Anm.* núm. 3]. Según Molitor, I, núm. 163, 165 á 167 y 250 *a*, el deudor culpable sería el único obligado por su parte en los contratos de buena fe y las estipulaciones pretorianas, mientras que en los contratos de derecho estricto y las estipulaciones convencionales, los deudores no culpables deberían igualmente su parte de la pena. La primera regla sería dictada por la equidad, la segunda por la forma de la obligación. Pero esta forma es la misma, ya se trate de una estipulación convencional ó de una estipulacióu pretoriana ¿qué importa que el *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 4, § 1 cite la estipulación pretoriana *amplius non agi*? No la cita sino como ejemplo y no establece menos una regla absolutamente general. Maynz, II, § 258, observación, p. 420, no menciona, la excepción relativa á las obligaciones de dar.

[1] *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 47.

[2] *Dig.* lib. 10, tit. 2, l. 25, § 13; *Id.* lib. 45, tit. 1, l. 5, § 3 y 4, l. 85, § 6.

[3] Molitor, I, núm. 250. Vangerow, III, § 567, *Anm.* 2, número II, p. 14.

está perfectamente libre de la obligación principal por un pago parcial. Se comprueba algo de análogo con ocasión de una deuda hipotecaria; un pago parcial deja subsistir la hipoteca por el todo; si se quiere librar la cosa gravada de hipoteca, es preciso pagar la deuda entera. Ahora bien, jamás se ha concluído de esto que la obligación se hiciese indivisible en razón de la hipoteca; desde entonces se debe decir también que, cuando una obligación divisible es garantizada por una cláusula penal, ella queda divisible (1).

II. DE LA DACIÓN DE ARRAS

§ 28. *Nociones generales.*

La dación de arras es una convención accesoria por la cual una de las partes da una cosa á otra, á fin de probar la existencia y asegurar la ejecución de una convención principal. La arra (*arrha*) tiene pues, un doble objeto. Atestigua desde luego la existencia de una convención; prueba que una convención principal se ha efectuado entre las partes. Este papel de la arra es presentado de preferencia en nuestras fuentes (2). Después el arra asegura la ejecución de una convención principal (3) y bajo este aspecto se asemeja á la pena estipulada; es una pena realizada de ante-

---

[1] Sería más exacto representar la pena como indivisible, del mismo modo que se habla de la indivisibilidad de la hipoteca. Mencionamos á título de memoria otra opinión según la cual la cláusula penal haría pura y simplemente indivisible la obligación principal, de tal manera que hubiera lugar á aplicarle las diversas reglas de la indivisibilidad de las obligaciones [Maynz, II, § 258, observación].

[2] Gayo, III, 139, *Inst.* lib. 3, tit. 23; *Dig.* lib. 18, tit. 1, l. 35. Arts. 2820 y 2821 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[3] Varron, *de lingua lat.* V, 175, Isidoro, *Origenes*, V, 25, 20 y 21.

mano para el caso de inejecución de una obligación. Constituye también una pena eventual para los dos contratantes, para aquel que la da y para aquel que la recibe, como lo explicaremos bien pronto (1). Como la pena propiamente dicha, el arra puode consistir en una cosa cualquiera; en Roma, era generalmente una suma de dinero (2) ó un anillo (3). Aunque la dación de arras fuese posible con motivo de cualquiera especie de convenciones, era sobre todo usada en la venta (4) y en los esponsales (5); el arra era entregada por el comprador (6) y por el futuro cónyugue (7). La dación de arras es también una convención accesoria, puesto que prueba y asegura otra convención, y por tanto es nula si la convención principal lo es. En fin, y es esta una diferencia marcada con la cláusula penal, ella constituye un contrato real innominado; ella no es pues perfecta sino por la dación del arra (8) y las reglas de los contratos innominados le son aplicables (9).

§ 29. *Efectos de las arras.*

I. Para determinar los efeetos de las arras, conviene distinguir dos casos; aquel en que la arra es dada después de la perfección del contrato y aquel en que lo es antes de esa perfección.

---

[1] Véase en esta obra § 29 siguiente.

[2] *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 11, § 6; *Id.* lib. 18, tit. 3, l. 8; *Cod.* lib. 4, tit. 45, l. 2, § 1.

[3] *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 11, § 6; *Id.* lib. 14, tit. 3, l. 5, § 15.

[4] Véanse los textos citados en las dos notas precedentes.

[5] Rúbrica *Cod.* lib. 5, tit. 1.

[6] Véanse los textos citados en las notas.

[7] *Cod.* lib. 5, tit. 1, l. 6.

[8] Arg. *Dig.* lib. 19, tit. 5, l. 17, § 5. Non obstat: *Cod.* lib. 4, tit. 49, l. 3, en la cual por las palabras *ex arrali pacto* se quiere designar la dación de arras.

[9] Véase el § 29 siguiente, en esta obra.

1° Cuando el arra es dada *después* de la perfección del contrato, debe ser devuelta si el contrato recibe su ejecución (1) ó bien si su inejecución no puede ser reprochada á ninguna de las partes (2). En uno y otro caso, la arra ha llenado su misión, probando y asegurando tanto como es posible la convención principal. Se puede hacerla restituir, sea por la acción que nace del contrato principal si es de buena fe, por ejemplo la *actio empti* (3), sea por una *condictio sine causa*, puesto que la causa de la dación del arra ha venido á cesar (4). Es claro que la arra puede también ser imputada sobre la prestación que tiene que hacer la parte que la ha dado; asi es cómo, consistiendo en dinero acuñado, será regularmente imputada sobre el precio de venta (5). Pero si el contrato queda sin ejecución por culpa de uno de los contratantes, la arra mauifiesta su carácter penal. Como en la hipótesis de una cláusula penal, el acreedor puede, á su elección, demandar la obligación principal, renunciando al beneficio de la convención arral (6), ó bien aprovechar de ésta, renunciando á los derechos que nacen del contrato principal (7). Si el acreedor prefiere este segundo partido, el deudor culpable pierde la arra dada (8) ó bien debe restituir la arra recibida y además pagar su valor, en otros términos restituir el doble (9). Así en el caso de venta, el comprador culpable perderá la arra dada; el vendedor culpable estará obligado á devolver el doble de la

---

[1] *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 11, § 6; *Id.* lib. 14. tit. 3, l. 5, § 15.

[2] *Cod.* lib. 5, tit. 1, l. 3. Esta hipótesis comprende también aquella en que el contrato ha sido rescindido de comun acuerdo [*Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 11, § 6; *Cod.* lib. 4, tit. 45, l. 2, § 1].

[3] *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 11, § 6. Art. 2821 del Código Civil del D. F. de México.

[4] L. 11, § 6 cit.

[5] *Dig.* lib. 18, tit. 3, l. 8.

[6] Arg. *Dig. eod.* l. 6.

[7] L. 6 cit.

[8] *Id. Id.*

[9] Arg. *Cod.* lib. 4, tit. 21, l. 17, § 2.

arra recibida (1). Con el objeto de conservar la arra recibida, el acreedor dispondrá de una excepción de dolo contra una demanda por restitución de la arra; para obtener la restitución del doble de la arra dada, recurrirá á la acción que nace del contrato de buena fe, á la *actio empti* por ejemplo (2) ó á la acción *praescriptis verbis* que resulta de los contratos innominados, porque la dación de arras pertenece á esta categoría de contratos (3). Pero, no más que con ocasión de una cláusula penal, el acreedor no es admitido á acumular la demanda de la obligación principal y la de la pena arral; sería contradictorio demandar á la vez la ejecución de la obligación principal y la pena dada para el caso de inejecución. Las partes pueden derogar estas reglas y sobre todo convenir en que las arras tendrán un carácter facultativo, es decir que cada uno de los contratantes tendrá la facultad de desistirse del contrato por el abandono de la arra dada ó por la restitución del doble de la arra recibida. Se forma entonces una obligación llamada facultativa; cada parte no debe ejecutar sino su obligación principal, con el temperamento de que puede elegir entre sustraerse á ella, abandonando la arra dada ó restituyendo el doble de la arra recibida. El vendedor no podrá ser demandado sino por entrega de la cosa vendida y tendrá la facultad de romper el contrato, volviendo el doble de la arra recibida; el comprador no podrá ser demandado sino por pago del precio de venta, y será libre de desprenderse de él, abandonando la arra dada. Pero, para que las arras constituyan una facultad de un contrato perfecto, es indispensable una convención especial. Este sistema es el único conforme á los principios generales del derecho y á la vo-

---

[1] *Id. Id.*
[2] Arg. *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 11, § 6.
[3] *Dig.* lib. 17, tit. 5, l. 17, § 5.

luntad de las partes. No se vé por qué un contrato, que sería perfecto, hecha abstracción de una dación de arras, se haría imperfecto porque han sido dadas las arras; la intención de las partes, en la dación de las arras, es más bien garantizar la ejecución del contrato por la amenaza de una pena que debilitar su fuerza obligatoria.

2º Sucede también que la arra sea dada *antes* de la perfección del contrato, con ocasión de una simple promesa de contratar. Desde luego es posible que las partes hayan convenido en poner el contrato por escrito; no hay provisionalmente sino una simple promesa de otorgar un contrato escrito (1). Es posible también que las partes hayan hecho una simple promesa de contratar oralmente (2). Cuando la arra ha sido dada así antes de la perfección del contrato, queda sujeta á restitución si el contrato se perfecciona, porque ella ha alcanzado su objeto; puede ser repetida por la acción que nace del contrato de buena fe ó por una *condictio sine causa* (3). Pero si una de las partes se rehusa á perfeccionar el contrato, la arra produce su efecto penal; el contratante que se resiste, pierde la arra dada ó debe restituir el doble de la arra recibida (4); en la primera hipótesis, el adversario se defenderá por una excepción de dolo; en la segunda, ejercerá la acción *praescriptis verbis* en virtud del contrato innominado que resulta de la dación de arras [5].

II.—Según esta exposición, la arra por su naturaleza es siempre confirmatoria; asegura en todos los casos la ejecución del contrato. No hay arra penitencial por sí misma, es decir que la arra como tal no tiene jamás el carácter de

---

(1) *Cod.* lib. 4, tit. 21, l. 17 § 2.
[2] L, 17, § cit.
[3] Arg. *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 11, § 6.
[4] *Cod.* lib. 4, tít. 21, lib. 17, § 2.
[5] Arg. *Dig.* lib. 19, tt. 5, lib. 17, § 5.

una facultad; ella no es jamás dada para permitir á una parte desistirse de un contrato por el abandono de la arra dada ó por la restitución del doble de la arra recibida. Esta proposición es evidente cuando la arra ha sido dada antes de la perfección del contrato; la arra impide entonces á las partes separarse impunemente, lo que ellas podrían hacer á falta de arra. Pero el principio no es menos cierto cuando la arra ha sido dada con ocasión de un contrato perfecto. Sin duda es posible aquí que sea permitido un desistimiento mediante el abandono de la arra dada ó la restitución del doble de la arra recibida; solamente que esto será en virtud de una convención especial, de una *pactum displicentiæ* y no en virtud de la dación de arra; lejos de permitir el desistimiento, la arra lo trabará, puesto que, sin ella, podría haber desistimiento impunemente. Sin embargo se ha sostenido que la dación de arra con ocasión de un contrato perfecto permite á las partes desistirse por el abandono de la arra dada ó la restitución del doble de la arra recibida, y se funda esta doctrina sobre un pasaje de las Institutas de Justiniano (1); pero este pasaje debe ser aplicado á la hipótesis de una simple promesa de hacer una venta escrita ú oral [2].

---

[1] *Inst.* lib. 3, tit. 23.

[2] En el *principium* del título de la venta, Justiniano se ocupa desde luego de la venta que no debe ser puesta por escrito (*de emptionibus et venditionibus quæ sine scriptura consistunt*). El declara esta venta perfecta por el sólo consentimiento de las partes, aunque ninguna arra haya sido dada; porque, dice, la arra sirve solamente para la prueba del contrato, y termina por la observación de que nada ha innovado en lo que concierne á esta venta (*nihil a nobis in hujusmodi vendictionibus innovatum est*). Pasando en seguida á la venta que las partes han convenido poner por escrito (*in his autem quæ scriptura conficiuntur*), el Emperador decide que cada contratante es libre de desistirse de ella hasta la redacción del escrito, y esto impunemente (*sine pœna*). Estas últimas palabras determinan á Justiniano á hablar segunda vez de las arras, para decirnos que si ellas han sido dadas, el desistimiento no se verifica impunemente. Tiene en mira las arras dadas con ocasión de una simple promesa de hacer una venta escrita ú oral. Esto resulta en primer lugar de que había ya tratado de una manera completa de la hipótesis de la venta perfecta con ó sin dación de arras (*Sed hæc qui

III. DE LAS INTERCESIONES.

Dig. Lib. 16, tit. 1—Cod., Lib. 4, tit. 29.

§ 30. *Generalidades.*

I.—La noción de la intercesión adquiere cierta importancia en el derecho romano cuando las mujeres fueron declaradas incapaces de interceder; desde este momento se trataba de precisar los actos jurídicos á los cuales se aplicaba esta incapacidad. La intercesión (*intercessio*) es una convención concluída con el acreedor de otra persona, convención por la cual se toma al propio cargo la deuda de esta persona (1). Así:

1º La intercesión supone una convención concluída con el acreedor de un tercero. Una convención concluída con el deudor de un tercero, por ejemplo la promesa de pagar su deuda, no constituye una intercesión, porque no se podría interceder en favor de alguno con él mismo (2).

2º Es preciso que el intercedente tome á su cargo la deuda de otro, lo que puede hacerse, ya obligándose personalmente, ya concediendo una hipoteca (3). Pagar la deu-

---

dem de emptionibus et venditionibus quæ sine scriptura consistunt). En segundo lugar, Justiniano había declarado formalmente que, en esta hipótesis, nada había innovado. Por último, lo que dice al fin del *principium* se refiere inmediatamente al caso de una venta imperfecta y á la facultad completamente natural que pertenece aquí á cada parte, de desistirse del contrato, sin incurrir en pena alguna. Nuestra interpretación reclama, sin embargo, un cambio de texto; es preciso leer hacia el fin del *principium*: "*Sive in scriptis sive sine scriptis venditis celebranda est*," en vez de: "*celebrata est*." Justiniano ha dado de una manera inexacta una de sus instituciones (*Cod.* lib. 4, tit. 21, lib. 17, § 2 que dice: *si quæ arraæ super facienda emptione cujuscumque rei datæ sunt sive in scriptis sive sine scriptis*. Véase en este sentido Savigny, II, § 79; Mainz, II, § 259 y notas 14 y 15. *Contra:* Molitor, I, núms. 172-177.

(1) *Dig.* lib. 16, tit. 1, l. 8, § 1.
(2) *Dig.* lib. 16, tit. 1, l. 19, § 2.
(3) *Dig.* lib. 16, tit. 1, l. 8.

da de otro, aunque sea á título gratuito, no es interceder, puesto que no se asume ninguna obligación (1). Por el mismo motivo no hay intercesión cuando delegamos nuestro deudor al acreedor de un tercero (2).

3º La deuda de otro que el intercedente toma á su cargo, no puede ser indirectamente la suya; sino en vez de interceder por otro, él gestiona en realidad sus propios negocios. El vendedor que interviene en un proceso para defender al comprador contra la evicción, no intercede, no más que el mandante que se obliga hacia el acreedor de su mandatario para librar á este último de las obligaciones contraídas en la ejecución del mandato (3).

Siendo tales los caracteres de la intercesión, ella no existe cuando se hace á alguno una donación (4), cuando se asume respecto de alguno los riesgos de un negocio, por ejemplo de una adición de herencia (5), cuando se acepta (6) ó compra (7) una sucesión. No se comprende más que se interceda en su interés personal. En todos estos casos, ó bien no se toma ninguna deuda al propio cargo, ó bien se toma á cargo la propia deuda. Para no hablar sino de la donación, si se hace una donación á un deudor por una convención concluida con su acreedor ó bien no se contrae obligación, ó bien, si se contrae una, como se gratifica al deudor se asume una deuda personal. No existe pues, intercesión *animo donandi*.

II.—Los modernos distinguen intercesiones privativas é intercesiones acumulativas.

1º La intercesión es privativa cuando el deudor princi-

(1) *Dig.* lib. 16, tit. 1, l. 4, § 1; l. 5; *Cod.* lib. 4, tit. 29, l. l. 1-4 § 1.
(2) *Dig.* lib. 16, tit. 1, l. l. 5 y 8, §§ 5 y 6.
(3) *Dig.* lib. 16, tit. 1, l. l. 3-13-22 y 24.
(4) *Dig.* lib. 16, tit. 1, l. l. 4, § 1-8 y 21, § 1.
(5) *Dig.* lib. 16, tit. 1, l. l. 8 § 1 y 19 § 1.
(6) *Dig.* lib. 16, tit. 1, l. 32.
(7) *Dig.* lib. 16, tit. 1, l. l. 13 y 19 § 3.

pal es excluído de la obligación, lo que puede verificarse de dos maneras, ó bien se puede librar al deudor principal de la deuda que él ya ha contraído y obligarse en su lugar por vía de novación (1), ó bien se puede intervenir en favor de alguno de manera que se le impida obligarse, obligándose á sí mismo en el interés del tercero. Supongamos que A quiera tomar mil pesos prestados de B; pero B, que no tiene confianza en la solvencia de A, no quiere hacerle el préstamo; en estas circunstancias, yo mismo tomo prestados los mil de B en vista de A, á quien yo entrego los pesos; por mi intervención yo habré impedido que A se obligue (2). De estas dos especies, la primera pertenece á la teoría de la novación (3), mientras que la segunda no tiene necesidad de un examen especial.

2° La intercesión es acumulativa cuando el deudor principal queda obligado al lado del intercedente, sea que se constituya personalmente garante por el deudor, sea que se limite á dar una hipoteca en seguridad de la deuda de otro (4). La garantía personal que se presta por la deuda de otro, se llama caución, y aquel que la presta toma el nombre de caucionador. En Roma la caución podía revestir cuatro formas: la solidaridad con el deudor principal, para la cual nos referimos á la teoría de la solidaridad (5), la fianza [§ 31 y 34] el constituto de la deuda de otro (§ 35) y el mandato en favor de un tercero (§ 36). El derecho clásico conocía además la *sponsio* y la *fidepromissio* (6). Como en la fianza, se empleaba la estipulación y fueron los términos de ésta los que dieron

(1) *Cod.* lib. 4, tit. 29, l. 4.—Art. 1607 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[2] *Cod.* lib. 4, tit. 29, l. 4, l. 19; *Dig.* lib. 16, tit. 1, l. 29.—Para que haya intercesión en el caso, se necesita evidentemente que el acreedor haya tenido conocimiento de la suposición de personas. (*Dig.* lib. 16, tit. 1, l. l. 4-11-12 y 27).

(3) Véase más adelante en esta obra, § 234 y 236.

(4) *Dig* lib. 16, tit. 1, l. 8.—Art. 1700 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(5) *Dig.* lib. 16, tit. 1, l. 17, § 2.—Véase adelante §§ 51 y 54.

(6) Gayo, III-115.

lugar á las denominaciones de *sponsio* y *fidepromissio*. (*Idem dari spondes? Spondeo—Idem fidepromittis? Fidepromitto*) (1). Otra regla aplicable á las tres cauciones es la de la ley *Cornelia* atribuida á Sylla; esta ley prohibía constituirse en caución en un sólo año en favor del mismo deudor y respecto del mismo acreedor por una suma superior á 20,000 sextercios (2). Ninguna de las tres cauciones podía por lo demás comprometerse de una manera más extensa que el deudor principal (3), y si una de ellas era forzada á pagar al acreedor, disponía de un recurso contra el deudor por la *actio mandati contraria* (4). Pero la *sponsio* y la *fidepromissio* eran, bajo muchos aspectos, más rigurosas que la fianza. Ellas no podían servir para caucionar sino obligaciones verbales (5). En virtud de una ley *Cicereia*, el acreedor debía declarar el objeto preciso de la deuda y el número de las cauciones (6). Además, la *sponsio* y la *fidepromissio* no valían sino por dos años (7) y no pasaban á los herederos de la caución (8). Muchos *sponsores* ó *fidepromissores* estaban en un principio obligados solidariamente hacia el acreedor, y si uno de ellos pagaba, no gozaba de recurso contra los otros. Pero más tarde una ley *Appuleia* del año 102 antes de J. C. acordó un recurso parcial contra los demás *sponsores* ó *fidepromissores* (9), y

(1) Gayo, III-116.

(2) Gayo, III-124, salvo algunas excepciones. [Gayo, III-125]. Esta prohibición no fué reproducida en las recopilaciones de Justiniano.

(3) Gayo, III-126.—Art. 1707 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[4] Además, una ley *Publilia* permitía al *sponsor* ejercitar su recurso por una *actio depensi* (Gayo, III-127), en el cual el demandante era autorizado á emplear la *manus injectio* [Gayo, IV-22] y el demandado condenado al doble en caso de litigio (Gayo, III-127; IV-9; Paulo, I-19, § 1.)

(5) Gayo, III-119.

(6) Gayo, III-123.

(7) Según una ley *Furia* que no regía, sin embargo, sino para Italia. Gayo, III-121.

(8) Gayo, III-120.

(9) Gayo, III-122.

una ley *Furia*, expedida algún tiempo después para Italia, dividió aun de pleno derecho la obligación resultante de la caución entre todos los *sponsores* ó *fidepromissores*, de tal manera que cada uno no estaba ya obligado sino en parte hacia el acreedor (1). En lo que concierne á las diferencias entre la *sponsio* y la *fidepromissio*, la primera presentaba la particularidad de que no podía ser empleada sino por los ciudadanos romanos (2). El rigor de las teorías de la *sponsio* y de la *fidepromissio* explica la desaparición de estas dos formas de caucionamiento en el derecho de Justiniano; la fianza, que era más amplia, fué la única que quedó en uso. Nos limitamos á mencionar otras tres especies de caución que remontan á una altísima antigüedad y que intervienen frecuentemente en el antiguo procedimiento romano, á saber: el *vas*, [3] el *vindex* (4) y el *præs* (5); el nuevo derecho no las menciona ya.

(A). DE LA FIANZA.

Inst. Lib. 3, Tit. 20.—*Dig.* Lib. 46, Tit. 1.—*Cod.* Lib. 8, Tit. 40.

§ 31. *Nociones y especies.*

1º La fianza (*fidejussio*) es una estipulación por la cual uno se obliga á pagar la deuda de otro (6). Ella toma su nombre de los términos que se empleaban (*Idem fide tua esse jubes? Idem fide mea esse jubeo*) (7). Como todas las estipulaciones, ella era de derecho extricto (8).

---

(1) Gayo, III-121. La ley *Appuleya* quedó en vigor en las provincias, puesto que la ley *Furia* no disponía sino para Italia; se discutía sobre si la ley *Appuleya* continuaba aplicándose á Italia [Gayo, III-122]. Por otra parte, después de que Adriano introdujo en favor de los fiadores el beneficio de división [Gayo, III-12], se extendió este beneficio á los *sponsores* y á los *fidepromissores* en las provincias (Gayo, III-121). Italia era, pues, regida por la ley *Furia* y según algunos, también por la ley *Appuleya*, las provincias por el rescripto de Adriano y la ley *Appuleya*.—Arts. 1741 y 1742 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[2] Arg. Gayo, III-93 y 116.

(3) Ley de las XII Tablas, I-10.

(4) Gayo, IV-21.

(5) Gayo, IV-91.

[6] Gayo, III-115 y 116. Art. 1700 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(7) Gayo, III-116. *Inst.* lib. 3, tit. 20, § 7.

[8] Véase adelante § 112-2º

2º Se distingue una fianza principal y una fianza subsidiara. También se puede ser fiador subsidiario (*fidejussor succedaneus*) en dos sentidos diferentes. Se puede desde luego ser fiador del fiador (*fidejussor fidejussoris*), es decir ser garante del fiador principal frente al acreedor. Semejante caucion tiene, con respecto á la caución principal, el mismo carácter que ésta tiene respecto al deudor principal; el acreedor tiene tres filas de obligados; el deudor principal, el fiador principal y el fiador del fiador (1). Se puede además ser garante del deudor principal respecto del fiador principal. Una tal caución no tiene efecto respecto del acreedor; no confiere derecho sino al fiador principal que ha pagado la deuda y que ha adquirido por este motivo un recurso contra el deudor principal; el fiador subsidiario es garante de este recurso y, como tal, está sometido á una acción de parte del fiador principal (2).

§ 32. *Condiciones de la fianza.*

La fianza, para ser válida, exige la reunión de las siguientes condiciones:

1º El fiador debe ser capaz de obligarse, puesto que se obliga al pago de la deuda de otro. Los impúberos son pues incapaces de obligarse como fiadores. Una incapacidad especial hiere á las mujeres, de lo cual se tratará más adelante. (3).

2º Es preciso que exista una obligación principal, si no la caución no tiene objeto; la obligación accesoria del fiador no se comprende sin una obligación principal á cargo

(1) *Dig.* lib. 46, tit. 1, l. 8, § 12 y l. 24, § 4.—Art. 1702 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[2] *Dig.* lib. 46, tit. 1, lib. 4.

(3) §§ 37 y 38. Otras incapacidades fueron dictadas durante el Bajo-Imperio contra los militares. [*Cod.* lib. 4, tit. 65, l. 31] y los miembros del clero (*Novella*, 123, cap. 6). Arts. 1703 y 1704 del Cód. Civ. del D. F. de México.

de otra persona (1). No se cauciona, pues, válidamente una deuda inexistente, tal como una deuda de juego ó de intereses usurarios (2). Si la obligación principal es ineficaz en razón de una excepción perentoria perteneciente al deudor, como la excepción de dolo ó de violencia, la caución será herida de la misma ineficacia [3]. Pero es permitido caucionar toda especie de deudas válidas (4). La obligación principal puede ser condicional ó á plazo; el fiador se obligará bajo la misma modalidad (5). La obligación principal puede también no ser sino natural (6); en este caso, el fiador estará obligado, no en virtud de una simple obligación natural, sino civilmente; el acreedor tendrá una acción contra él, aunque no tenga ninguna contra el deudor principal. No se es admitido á objetar que lo accesorio debe participar de la naturaleza de lo principal; todo lo que resulta del carácter accesorio de la caución es que supone una obligación principal y no puede tener más extensión que ésta; no es en manera alguna necesario que lo accesorio tenga la misma naturaleza que lo principal (1). La fianza puede por lo demás intervenir antes como después

---

(1) *Dig.* lib. 50, tit. 17, l. 178.

[2] *Dig.* lib. 46, tit. 1, l. l. 29-46 y 70, §§ 4 y 5; *Id.* lib. 45, tit. 1, l. 1, § 2 y l. 6.—Art. 1705 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[3] Véase adelante § 33-II.

(4) *Dig.* lib. 46, tit. 1, l. l. 1 y 8, § 6.

(5) *Dig.* lib. 46, tit. 1, l. 8, § 7, l. 16, § 5 y l. 57.

[6] *Inst.* lib. 3, tit 20, § 1; *Dig.* lib. 46, tit. 1, l. 6, § 2, l. 7, y l, 16, § 3.

(1) *Dig.* lib. 46, tit. 1, lib. 60; Theophilo, *Inst.* lib. 3, tit. 20, § 1. Según el pasaje de las Pandectas, si un deudor principal es libertado de manera que quede deudor natural, su fiador está obligado (*teneri fidejussorem*) y por esto el jurisconsulto hace sin ninguna duda alusión á una obligación civil. Theophilo es más explícito; sí, dice, los deudores principales están obligados naturalmente, sus fiadores están natural y civilmente. Sin embargo, si se trata de un deudor natural al cual la ley acuerda una excepción *in adium crediloris*, como en el caso de un préstamo de dinero á un menor sujeto á patria potestad, el fiador dispone en principio de la misma excepción, porque de otra manera la ley faltaría á su objeto, [*Dig.* lib. 14, tit. 6, l. 9, § 3]. Véase adelante § 33-II.

de la obligación principal (1); solamente que, en el primer caso, la obligación del fiador será futura como la del deudor principal [2].

3º El fiador no puede obligarse de una manera más extensa que el deudor principal; siendo la deuda principal de 10,000, el fiador no puede prometer 12,000 (3); del mismo modo el fiador no puede obligarse pura y simplemente, cuando el deudor se ha obligado bajo condición ó á plazo (4); no puede tampoco prometer pagar en un lugar más desfavorable (5). En efecto, la caución, en tanto que excede de la obligación principal, carece de objeto; no se refiere ya á una deuda principal (6). La regla de que se trata está fundada sobre la naturaleza de las cosas. Pero en Roma ella tenía una sanción severa, porque la fianza era de derecho extricto (7); la fianza que era más extensa que la obligación principal, era nula en cuanto al todo, y no simplemente reducida á la principal (8). Claro es que el fiador puede obligarse de una manera menos extensa que el deudor principal (9). Por otra parte, el fiador no puede

(1) *Dig.* lib. 46, tit. 1, lib. 6, § 2.—*Inst.* lib. 3, tit. 20, § 3.—Art. 1706 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) L. 6, § 2.

(3) *Inst.* lib. 3, tit. 20, § 5.—Art. 1707 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[4] § 5 cit.; *Dig.* lib. 46, tit. 1, l. 8, § 7; l. 16, § 5.

[5] *Dig.* lib. 46, tit. 1, l. 16, §§ 1 y 2.

[6] *Inst.* lib. 3, tit. 20, § 5.

(7) Véase adelante § 13-1º

(8) *Inst.* lib. 3, tit. 20, § 5; *Dig.* lib. 46, tit. 1, l. 8, § 7.—La opinión contraria carece de todo fundamento; véase Molitor, II, núm. 1121; Vaugerard III, § 578, *Anm.* I y Maynz, II, § 262 y nota 8. Art. 1708 del Cód. Civ. del D. P. de México.

(9) *Inst.* lib. 3, tit. 20, § 5; *Dig.* lib. 46, tit. 1, l. 8, § 7, 10 y 11; l. l. 9 y 16, § 5; l. 70, § 1.—Según nuestras fuentes es permitido al fiador obligarse *in leviorem causam;* pero no *in duviorem causam* [*Dig.* l. 46, tit. 1, l. 8, § 7]. La expresión no está al abrigo de la crítica, porque es cierto que el fiador de una obligación natural está obligado *in duviorem causam*. (Véase el núm 2º de este párrafo). Es mejor, como lo hemos ya hecho, establecer la regla de que el fiador no puede obligarse de una manera más extensa que el deudor principal, lo cual

obligarse á pagar otra cosa que el deudor principal, aun cuando él no prometiera más: si la deuda principal tiene por objeto una suma de dinero de 10,000, la fianza no puede tener por objeto trigo por un valor de 10,000, so pena de nulidad completa de la caución; era otra consecuencia del carácter extricto de la fianza (1).

4º La fianza debe contraerse en la forma de la estipulación, es decir que las partes deben estar presentes á la hora del contrato y consentir por una cuestión del acreedor y una respuesta del fiador (2).

§ 33. *Efectos de la fianza.*

La fianza tiene por efecto obligar al fiador hacia el acreedor; éste dispone de la *actio ex stipulato* (3). Para determinar la extensión de la obligación del fiador, es necesario ante todo consultar el contrato celebrado entre las partes. El fiador tiene facultad de no comprometerse sino hasta la concurrencia de una suma determinada, por ejemplo solamente por la suma que hace el objeto de la obligación principal; y la prudencia le exige limitar así su garantía para sustraerse al pago de los daños y perjuicios, que muy frecuentemente exceden, de una manera sensible, el monto de la deuda original (4). El fiador puede también limitarse á garantizar una parte de la obligación princi-

---

no le impide obligarse más estrechamente, *in storietorem causam*, en el caso en que la obligación principal es natural. Véanse arts. 1709 y 1710 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(1) *Dig.* lib. 46, tit. 1, l. 1. 42-38 y 8, §§ 8 y 9.

(2) Gayo, III-116. *Inst.* lib. 3, tit. 20, § 7 y 8; *Dig.* lib. 46, tit. 1, l. 8.—Art. 1711 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[3] Arg. Gayo III-116.

[4] *Dig.* lib. 45, tit. 1, lib. 68, § 1. Arts. 1707 y 1711 del Cód. Civ. del D. F. de México.

pal (1). En la época clásica, sucedía que el fiador prometía solamente pagar al acreedor lo que éste no llegara á recobrar del deudor principal *quod a debitore servari nom possit* [2]; los modernos han llamado á semejante fianza *fide jussio indemnitatis*. En este caso, el fiador no estaba obligado hacia el acreedor que había descuidado demandar al deudor principal en la época en que era todavía solvente; según los términos mismos de su compromiso, el fiador quedaba libre por la negligencia del acreedor (3). Pero en el nuevo derecho romano, á causa de la introducción del beneficio de orden, el fiador no está jamás obligado sino al pago de lo que el acreedor no ha podido recobrar del deudor principal, como lo demostraremos bien pronto (4), y por tanto la cláusula mencionada no tiene ya objeto. Salvo convención contraria, el fiador está obligado exactamente de la misma manera que el deudor principal (5), ni más ni menos.

I.—Él no está obligado á menos. Luego está obligado solidariamente al pago de la deuda, aun cuando haya muchos fiadores (6). Independientemente de la deuda propiamente dicha, está también obligado á todas las prestaciones accesorias que ha previsto ó podido preveer en la época de la fianza, porque lo accesorio sigue siempre la condición de lo principal. Pero es preciso que el fiador haya previsto ó podido prever al tiempo de la caución, la prestación accesoria, pues en caso contrario no ha querido caucionarla. Por aplicación de este principio, si la obligación

---

[1] *Dig*. lib. 46, tit. 1, l. 9.

[2] *Dig*. lib. 46, tit. 1, l. 41.

[3] Lib. 41 cit.; *Dig*. lib. 45, tit. 1, l. 116; *Id*. lib. 46, tit. 1, l. l. 52 y 53. Arts. 1725-1726 y 1734 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[4] Núm. II-B. 1º de este párrafo.

[5] *Dig*. lib. 26, tit. 7, lib. 32; *Id*. lib. 46, tit. 1, l. 56, § 2. Art. 1712 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[6] *Inst*. lib. 3, tit. 20, § 4. *Cod*. lib. 8, tit. 40; l. l. 5 y 23. Art. 1741 del Cód. Civ. del D. F. de México.

principal se resuelve en daños y perjuicios ó bien da lugar á intereses moratorios, el fiador debe pagar los unos y otros; él ha podido prever, al tiempo de la fianza, la inejecución culpable de la obligación y la mora del deudor (1). Responde de la misma manera de los intereses convencionales y de la pena estipulada si la promesa de los intereses ó de la pena no es posterior á la caución; bajo esta condición, él ha previsto la prestación de que se trata (2). Pero ¿qué decidir si la cosa debida perece por culpa del fiador? Ciertamente el deudor principal queda libre, puesto que, desde su punto de vista, la pérdida de la cosa tiene un carácter accidental; pero, no obstante esta liberación, que en rigor debería producir la del fiador, éste queda obligado en razón de su culpa (3). Del mismo modo, si el fiador se constituye en mora, él solo deberá los intereses moratorios (4).

II.—De otro lado, el fiador no está obligado á más que el deudor principal, y particularmente dispone en general de las mismas excepciones (5). El acreedor no puede pues demandarlo antes del cumplimiento de la condición ó la expiración del plazo á que está sujeta la obligación principal (6). Si la convención principal ha sido arrancada por dolo ó por amenazas, la excepción de dolo ó de violencia

---

[1] *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 54; *Id.* lib. 22, tit. 1, l. 24 § 1; *Id.* lib. 45, tit. 1, l. 88; *Id.* lib. 46, tit. 1, l. 58, § 1, l. 91, § 4 y 5; *Id.* lib. 13, tit. 4, l. 8.

[2] *Dig.* lib. 46, tit. 1, l. 68; *Id.* lib. 50, tit. 1, l. 17, § 15; *Id.* lib. 50, tit. 8, l. 3, § 1; *Cod.* lib. 4, tit. 32, l. 4.

[3] La cuestión es discutida entre los jurisconsultos romanos. Neratio Prisco, Juliano y Papiniano no concedían sino una acción de dolo contra el fiador. [*Dig.* lib. 4, tit. 3, l. 19.] Pero se acabó por someterlo á una acción útil *ex stipulatu*. *Dig.* lib. 22, tit. 1, l. 32, § 5; *Id.* lib. 45, tit. 1, l. 88: *Id.* lib. 46, tit. 3, l. 38, § 4; l. 95, § 1. Art. 1713 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[4] *Dig.* lib. 22, tit. 1, l. 32, § 5; *Id.* lib. 45, tit. 1, l. 91, § 4 y l. 49.

[5] *Inst.* lib. 4, tit. 14, § 4; *Dig.* l. 44, tit. 1, l. 19; *Id.* lib. 46, tit. 1, l. 15 y 32. Art. 1724 del Cód. Civ. del D. F. de México. Sent. de Juzgado menor de México, de 16 de Febrero de 1860. [Gacet. de Trib. tom. 1, pág. 422].

[6] *Dig.* lib. 46, tit. 1, l. 57.

compete al fiador lo mismo que al deudor principal (1). Del mismo modo, si un préstamo de dinero ha sido hecho á un niño sujeto á patria potestad, contra lo dispuesto por el senado consulto Macedoniano, el fiador del niño dispone en tesis general de la *exceptio senatus consulti Macedoniani*. Si se decidiera de otro modo, se iría á parar á la consecuencia de que el acreedor sería satisfecho con detrimento del deudor principal, puesto que éste quedaría sometido á un recurso de parte de su fiador que hubiera pagado al acreedor; este resultado sería directamente contrario al fin del senado consulto, que otorga al hijo sujeto á patria potestad una excepción á título de pena contra el acreedor (2). Es necesario admitir también que el fiador se aprovecha generalmente de la restitución *in integrum* obtenida por el deudor principal [3]; porque, una vez que ella ha sido pronunciada, tal restitución constituye para el deudor principal un medio de defensa ordinario, y por tanto el fiador debe también ser autorizado á prevalerse de ella (4). En fin, el fiador puede en general invocar todas las causas de

---

[1] *Dig.* lib. 44, tit. 1, l. 7, § 1; *Id.* lib. 4, tit. 2, l. 14, § 6. Sobre el miedo justo, véase Sent. de Juzgado Menor de México, de 23 de Diciembre de 1859. (Gacet. de Trib. tom. 1, pág. 262).

[2] *Dig.* lib. 14, tit. 6, l. 9, § 3. Véase adelante II, A, 3º de este párrafo.—Arts. 420, 1674 y 1724 del Cód. Civ. del D. F, de México.

(3) Notemos que no puede pedir el fiador la restitución *in integrum* en nombre del deudor principal; no se trata aquí para el fiador de oponer una excepción del deudor, sino de ejercitar, en nombre del deudor, una acción personal de este último. [Arg. *Dig.* lib. 46, tit. 3, l. 95, § 3; sí, en este pasaje, Papiniano acuerda al fiador la restitución *in integrum* por causa de minoridad, es únicamente porque se había hecho heredero del deudor principal al menor]. *Non obstat Dig.* lib. 44, tit. 1, l. 7, § 1; este texto permite solamente al fiador de un menor oponer la excepción de dolo *ñel legis Plætoriæ*, cuando han sido empleadas maniobras fraudulentas hacia el menor; en efecto, el jurisconsulto añade que si el menor ha sido lesionado sin fraude de su cocontratante, él mismo y su fiador no disponen de una excepción contra el acreedor sino después de que la restitución *in integrum* ha sido obsenida por el menor. (Vaugeron, I, § 179, *Anun.* Maynz, II, § 263, nota 14).

[4] *Dig.* lib. 4, tit. 4, l. 3, § 4; *Id.* lib. 3, tit. 3, l. 51. Véase adelante núm. II, A, 2º de este párrafo.

extinción de la obligación principal (1), y en particular el pago (2), la aceptilación (3), la compensación (4), la novación (5), la confusión (6), la prescripción de la obligación principal (7) y el caso fortuito. El fiador puede también prevalerse en tesis general de una remisión de deuda acordada al deudor principal por simple convención, por un *pactum de non petendo;* de otra manera, la remisión no aprovecharía ni aun al deudor principal que sufriría el recurso de su fiador (8). Por lo demás, desde que el fiador ha adquirido una excepción, ella constituye para él un derecho que no está en poder del deudor principal quitarle, y notablemente el fiador conserva el derecho de invocar un pacto liberatorio consentido por el deudor principal, aunque éste haya renunciado más tarde al beneficio de remisión (9). Sin embargo:

---

(1) *Dig.* lib. 46, tit. 3, l. 43.

[2] *Inst.* lib. 3, tit. 29.

[3] *Dig.* lib. 46, tit. 4. l. 7, § 12 y l. 16.

[4] *Dig.* lib. 16, tit. 2, l. l. 4 y 5.

(5) *Dig.* lib. 46, tit. 1, l. 60; *Cod.* lib, 3, tit. 20, l. 4.

(6) *Dig.* lib. 46, tit, 1, l. 21, § 3 y l. 71.

(7) Es preciso decir otro tanto de la sentencia absolutoria. [*Dig.* lib. 44, títol, l. 7, § 1] y de la prestación del juramento *litis* decisorio *Dig.* lib. 12, tit. 2, lib. 28, § 1 y l. 42 § 3.

[8] *Inst.* lib. 4, tit. 14, § 4; *Dig.* lib. 2, tit. 14, l. 21, § 5; *Id.* lib. 34, tit. 3, l. 2 y 5 é *Id.* lib. 46, tit. 1, l. 49. En el derecho clásico, como la *litis contectatio* implicaba una novación necesaria, el fiador quedaba también libre por la sola *litis contectatio* entre el acreedor y el deudor principal (Paulo, II-17, § 15). Pero Justiniano abolió la novación resultante de la *litis contectatio* y por tanto la liberación que ella procuraba al fiador [*Cod,* lib. 3, tit. 20, l. 28, § 1 y 3]. Véase adelante, núm. II, A-1º y 3º de este párrafo.

[9] *Dig.* lib. 2, tit. 14, l. 62; *Id.* l. 27, § 2.—Para conciliar esta segunda decisión con la primera, se propone aplicarla ya al caso de una fianza posterior al segundo pacto. (Maynz, II, § 263, nota 13.—Vangerau, III-§ 578, *Anm.* 2), ya á aquel en que el fiador hubiera concluido él mismo el segundo pacto ó bien se hubiera adherido á igual pacto del deudor principal. [*Basilicas,* XI-1-c. 27-10 y c. 61-1 y 2]. La segunda aplicación choca menos con los términos de la ley 27, § 2. Pero admitiendo una antinomia entre la ley 62 y la 27 § 2, la regla consagrada por la primera merecería ciertamente la preferencia, como la única racional; ella está, por lo demás, expuesta de la manera más explícita.

A.—Existen muchas excepciones del deudor principal que no competen al fiador. Son:

1º Las excepciones personales del deudor principal (1), como la excepción resultante de un pacto liberatorio personal *pactum de non petendo in personam* (2) y el beneficio de competencia (3).

2º Las excepciones contra las cuales la caución ha tenido precisamente por objeto garantizar al acreedor. Por ejemplo uno se constituye fiador de un menor, sabiendo que es menor; él no se aprovechará de la restitución *in integrum* obtenida por el menor, porque ha querido evidentemente garantizar al acreedor contra el peligro de esta restitución (4). Del mismo modo, el concordato concedido á un deudor por la mayoría de sus acreedores no puede ser opuesto por su fiador; en efecto, el concordato forzoso supone la insolvencia del deudor; ahora bien, el objeto de la caución es escudar al acreedor contra esta insolvencia (5).

3º Cuando el fiador no goza de un recurso contra el deudor principal, no es aumitido á oponer al acreedor ciertas excepciones que le competen sobre todo en razón de su recurso contra el deudor principal. Tales son la excepción resultante de un pacto liberatorio *in rem* consentido por el acreedor al deudor (6) y la excepción acordada á algunos

---

[1] *Dig.* lib. 44, tit. 1, l. 7.—Art. 1724 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[2] *Dig.* lib. 2, tit. 14, l. 22.

[3] *Inst.* lib. 4, tit. 14, § 4; *Dig.* lib. 42, tit. 1, l. 24 y 41; *Id.* lib. 44, tit. 1, l. 7.

[4] Paulo, 1-9, § 6; *Dig.* lib. 4, tit. 4, l. 13 y *Cod.* lib. 2, tit. 23, l. l. 1 y 2. —En este sentido Vangerau, 1, § 183, *Anm.* I y Maynz, II, § 263, nota 14.

(5) *Dig.* lib. 17, tit. 1, l. 58 § 1.—Sería de otro modo si el acreedor hubiera consentido en el concordato; en este caso el fiador se aprovecha de la remisión voluntaria de una parte de la deuda como de cualquier otro pacto liberativo. (L. 58, § 1 cit.) Véanse otras aplicaciones al *Dig.* lib. 16, tit. 3, l. 1, § 14 y al *Id.* lib. 46, tit. 3, l. 95, § 1 [muerte del deudor principal sin heredero], así como al *Id.* lib. 2, tit. 8, lib. 5 y al *Cód.* lib. 3, tit. 20, l. 1 (*maxima* ó *media capitis deminutio* del deudor principal.

[6] *Dig.* lib. 2, tit. 14, l. 32; *Id.* lib. 34, tit. 3, l. 5.

deudores naturales á título de pena contra el acreedor (*in odium creditoris*), con la *exceptio senatus consulti Macedoniani* en el caso de un préstamo de dinero hecho á un menor de edad sujeto á patria potestad (1).

B.—Por otra parte, el fiador dispone de excepciones que no pertenecen al deudor principal. Tales son desde luego las excepciones de derecho común que han tomado nacimiento en su propia persona; se encuentra bajo este aspecto en la misma posición que cualquiera otro deudor (2). Además, se le otorgan tres beneficios, á saber el beneficio de orden, el beneficio de división y el beneficio de cesión de acciones. Acabamos de citarlos en el orden racional; históricamente se presentan en un orden inverso. El beneficio de cesión de acciones es el más antiguo; remonta al menos á los primeros tiempos del Imperio (3); el beneficio de división debió su origen á un rescripto de Adriano (4); y el beneficio de orden no fué introducido sino por Justiniano (5).

1º El beneficio de orden ó de discusión (*beneficium or-*

[1] *Dig.* lib. 14, tit. 6, l. 9, § 3; *Id.* 46, tit. 1, l. 60.—Pero es erroneo sostener que el fiador que no tiene recurso contra el deudor principal, es privado de una manera general de las excepciones pertenecientes á este último. Tal sistema es insostenible desde el punto de vista de los principios generales del derecho; si el fiador dispone de las excepciones del deudor principal, no es en razón de su recurso eventual contra el deudor, sino porque está obligado accesoriamente á la misma deuda; el motivo tomado del recurso no es determinante sino en algunos casos particulares, y la observación contraria de Justiniano [*Inst.* lib. 4, tit. 14, § 4] no podría ligarnos. El *Dig.* lib. 16, tit. 1, l. 16, § 1 es formal: acuerda la *exceptio senatus consulti Velleiani* aun al fiador que nó tiene la *actio mandati contraria* contra la mujer.—Véase en este sentido Vangerow, III, § 578, *Anm.* 2, núm. II-2º y Maynz, II, § 263, nota 12.—*Contra:* Molitor, II, núm. 1140.

[2] *Dig.* lib. 2, tit. 14, l. 23 é *Id.* lib. 46, tit. 1, l. 21, § 3.

[3] Arg. *Dig.* lib. 46, tit. 1, l. 36.

[4] Gayo, III-121; *Inst.* lib. 3, tit. 20, § 4, Paulo I-20. § 1 atribuye la reforma al edicto pretoriano; es posible que después del rescripto de Adriano el beneficio de división haya sido reglamentado por el pretor.

(5) *Novella* 4, cap. 1.—Justiniano hace remontar su beneficio á Papiniano; pero éste no ha podido conocer sino la *fidejussio indemnitatis.* (*Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 116), Gluck, XVIII, § 1084, p. 359-363.

dinis vel excussionis) autoriza al fiador demandado en primer lugar á demandar á su vez la discusión previa del deudor principal (1), con tal de que éste sea solvente, en todo ó en parte, pues de otra manera su discusión no tiene objeto (2). Este beneficio se funda sobre la voluntad presunta de las partes: se presume que el fiador solamente se ha comprometido á pagar al acreedor lo que no pueda recobrar del deudor principal; en otros términos se presume de una manera general una *fide jussio indemnitatis* (3). Según esto el fiador quedará libre si, á consecuencia del retardo culpable del acreedor en la demanda del deudor principal, éste se ha hecho insolvente, porque la condición tácita bajo la cual el fiador se ha comprometido, ha faltado (4). Con mayor razón, si el beneficio de discusión ha

---

(1) *Novella* 4, cap. 1.—Arts. 1725 y 1726 del Cód. Civ. del D. F. de México. Gutiérrez, *De jurament. confir.* cap. 23, núms. 19 y 22. P. Molina, *Trat.* 2, disput. 545, núm. 11.—Sala, tom. 1, pág. 465, § 7.—Febrero de Tapia, lib. 2, tit. 4, cap. 17, núm. 5. Sent. del Juzgado 5º Civil del D. F. de México, de 5 de Noviembre de 1857. [Gacet. de Trib. tom. 1, pág. 598].

(2) Naturalmente al fiador corresponde probar la solvencia del deudor principal, puesto que opone una excepción. [Arg. *Dig.* lib. 46, tit. 1, l. 10]. No es necesario tampoco que en razón de la ausencia del deudor principal, su demanda presente dificultades; de otra manera el acreedor puede atenerse á la más cómoda demanda del fiador. En este sentido Justiniano exige que el deudor principal esté presente. (*Novella*, 4, cap. 1). Sin embargo el fiador de un deudor ausente puede obtener un plazo del juez para representar al deudor y no es sino en tanto que este último no reaparece en el plazo fijado, cuando el fiador está obligado á responder á la acción del acreedor. (*Nevella*, lib. 4, cap. 1).—Gluck, XVIII, § 1084, p. 377.—L. 4, tit. 21, lib. 4, Recop. ó 4, tit. 17, l. 11 de la Nov. Recop.; Antonio Gómez, *Var. Resol.* cap. 13, núm. 14; Escriche, *Dicc.* "Fianza" § 2, fr. 3ª—Art. 1727 del Cód. Civ. del D. F. de México.—Sentencias: del Juzgado 3º de lo Civ. de México, de 16 de Junio de 1856. [Gacet. de Trib. tom. 2, pág. 957] y del Juzgado Menor del D. F. de id, de 13 de Febrero de 1860. [Id. tom. 1, pág. 499].

(3) *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 116.

(4) Era la regla seguida en el derecho clásico con ocasión de una *fidejussio indemnitatis* (*Dig.* lib. 46, tit. 1, l. 41), mientras que se admitía lo contrario en la *fidejussio* ordinaria. (*Dig.* lib. 46, tit. 1, l. 62). Bajo Justiniano teniendo la fianza de pleno derecho el carácter de una *fidejussio indemnitatis*, el principio que regía ésta debe ser generalizado. Véase en este sentido Sintenis, II, § 129 y

sido opuesto regularmente por el fiador, y más tarde el deudor principal se ha vuelto insolvente antes de haber sido discutido por el acreedor, éste soporta la insolvencia; en efecto, habiéndole sido opuesto el beneficio de orden, el acreedor estaba obligado de una manera especial á demandar sin tardanza al deudor principal, para prevenir su insolvencia; debe pues sufrir las consecuencias de su negligencia (1). Pero el beneficio de orden cesa, por la naturaleza misma de las cosas, cuando la obligación principal no es susceptible de ser demandada eficazmente ante los tribunales, por ejemplo si el deudor principal no se ha obligado sino naturalmente ó si dispone de una excepción que no pertenece al fiador; la discusión del deudor principal carece aquí de objeto, como en el caso de insolvencia del deudor (2). El fiador pierde también el beneficio si ha renunciado á él expresa ó tácitamente (3).

2° El beneficio de división (*beneficium divisionis*) supone que hay muchos fiadores y tiende á demandar la división de la demanda entre ellos (4). Es por lo demás análogo al beneficio de orden y generalmente sometido á los mismos principios. Luego está subordinado á la solvencia

---

Anm. 60; Vangerow, III, § 578, *Anm.* 4; Maynz, II, § 263, nota 19.—*Contra* Puchta, *Pand.* § 405.—Arts. 1734 y 1767 del Cod. Civ. del D. F. de México. Ley 10, lib. 3, tit. 18 del Fuero Real. Escriche, *Dicc.* "Fianza."

(1) Arg. *Dig.* lib. 46, tit. 1, 1. 51, § 4. Este pasaje consagra la regla de que se trata para el beneficio de división y debe evidentemente ser extendido por analogía al beneficio de orden.

(2) Sin embargo, sería de otra manera si el acreedor hubiera libertado al deudor principal por un *pactum de non petendo in personam*, porque no puede depender de la voluntad arbitraria del acreedor que el fiador goce ó no de su beneficio. El fiador gozaría también del beneficio de orden, si, al tiempo de la caución, tuviera justos motivos para creer que podría invocar el beneficio. [Arg. *Dig.* lib. 46, tit. 1, 1. 48 § 1].

(3) O bien si niega fraudulentamente la fianza. (Arg. *Dig.* lib. 46, tit. 1, 1. 10 § 1). Art. 1727 frac. I del Cód. Civ. del D. F. de México. Leyes 1, 4 y 12, tit. 28, lib. 11 de la Nov. Recop.

(4) Gayo, III-121; *Inst.* lib. 3, tit. 20, § 4; *Dig.* lib. 46, tit. 1, 1. 26. Art. 1741 del Cód. Civ. del D. F. de México.

de los cofiadores con respecto á los cuales la división de la deuda es reclamada (1). Del mismo modo, si á causa de la inacción culpable del acreedor, uno de los fiadores se hace insolvente, el acreedor soportará su parte en la deuda, no siendo aumentada la de los otros por este motivo (2). El acreedor soportará *a fortiori* la insolvencia de un cofiador cuando ella sobreviene posteriormente á la división (3). En fin, el beneficio de división no puede ser invocado en cuanto á un cofiador contra el cual el acreedor no tiene acción eficaz (4), y cesa en caso de renuncia (5).

3º El beneficio de cesión de aciones (*beneficium cedendarum actionum*) tiene por objeto obtener la cesión de acciones que pertenecen al acreedor en razón de la deuda caucionada; tales son la *actio mutui* contra el deudor principal, la *actio ex stipulatu* contra los cofiadores, la acción hipotecaria contra los detentadores de bienes hipotecados

(1) Véanse los textos de la nota anterior; *Dig.* lib. 46, tit. 1, l. 28 y 10.— Además es necesario que la demanda de los cofiadores no presente dificultades en razón de su residencia. (Arg. *Dig.* lib. 46, tit. 1, l. 10 y *Novella*. 4, cap. 1). *Contra:* Windescheid, II, § 479 y notas 5 y 6.—Art. 1743 frs. III y V del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) Arg. *Dig.* lib. 46, tit. 1, l. 41. Véase en este sentido Windscheid, II, § 479, nota 11 y en principio también Maynz, II. § 263 nota 25. Por analogía arts. 1734 y 1767 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[3] *Dig.* lib. 46, tit. 1, l. 51, § 4 y l. 52, § 1; *Cod.* lib. 3, tit. 20, l. 16.

[4] Por ejemplo el cofiador es una mujer (*Dig.* lib. 46, tit. 1, l. 48) ó un menor [L. 48, § 1 cit.] Sin embargo el fiador conserva su beneficio si tenía justos motivos para contar con él. (Arg. l. 48 cit.;) tal es el caso en que su cofiador es un menor á quien creía mayor y que se ha constituido fiador con ó antes que él. [Arg. l. 48, § 1]; sería de otro modo si el menor hubiera caucionado inmediatamente después. [L. 48, § 1]. El fiador conserva también su beneficio si la ineficacia de la acción del acreedor contra el cofiador proviene de dolo del acreedor; este dolo no debe dañar sino á su autor, por ejemplo, el acreedor ha determinado fraudulentamente á un menor á caucionar después. (L. 48, § 1 cit.) Pothier, *Pand.* 46-I, núm. 57 *de fidejuss*, notas *a*, *b* y *c* y Demange *Des obligat. solid.* págs. 392 y 395.

(5) *Cod.* lib. 8, tit. 40, l. 10, § 1 ó bien de denegación fraudulenta de la fianza. (*Dig.* lib. 46, tit. 1, l. 10, § 1). Los fiadores de un pupilo no pueden tampoco prevalerse de él. [*Dig.* lib. 46, tit. 6, l. 12].

para la seguridad de la deuda (1). Esta cesión de acciones es útil al fiador, ya para procurarle un recurso que no tiene de pleno derecho contra el deudor principal ó sus cofiadores (2), ya para garantizarle tal recurso por una hipoteca agregada al crédito caucionado (3). Pero la cesión debe ser reclamada antes de la consumación del pago, porque éste extingue la deuda y por tanto las acciones del acreedor; ahora bien, desde el momento que son extinguidas las acciones del acreedor, no puede tratarse ya de cederlas (4). Añadamos también, desde el punto de vista del nuevo derecho romano, que si las acciones del acreedor han perdido su eficacia por culpa suya, el fiador queda libre en los límites de esta ineficacia; en efecto, en razón de los beneficios de orden y de división él no está obligado hacia el acreedor sino en tanto que éste no ha podido hacerse pagar por el deudor principal ó por los cofiadores. Tal es el caso en que el acreedor ha dejado prescribir sus acciones (5).

Resulta de esta exposición que el beneficio más ventajoso es el beneficio de orden, puesto que tiende á rechazar al acreedor en cuanto al todo. Después de él viene el beneficio de división, que rechaza al menos parcialmente al acreedor. El beneficio de cesión de acciones es el menos favorable, porque no dispensa al fiador del pago íntegro de la deuda; tiene solamente por efecto procurarle un recurso contra el deudor principal ó los cofiadores ó bien garantizar ese recurso. Desde entonces es evidente que el fiador

---

(1) *Dig.* lib. 46, tit. 1, l. 17 y 36; *Cod.* lib. 8, tit. 40, l. 2, 11 y 14, § § 1 y 2; l. 21 y 2, § 1.

[2] *Cod.* lib. 8, tit. 40, l. 11.

(3) *Cod.* lib. 8, tit. 40, l. 2-14, § § 1 y 2 y l. 21. Arts. 1598 y 1747 del Cod. Civ. del D. F. de México. Alvarez, *Inst.* tom. 3, tit. 21. Escriche, Dicc. "Beneficio de cesión de acciones."

[4] *Cod.* lib. 8, tit. 40, l. l. 11 y 14, § § 1 y 2. Véase después, § 66 en esta obra, II-2º y Maynz, II, § 188 y nota 18.

[5] En este sentido Arndts, § 357-2º y *Anm.* 2. Maynz, II, § 263.

en las condiciones requeridas para usar del beneficio de orden no dejará de invocarlo de preferencia á los otros dos.

Subsidiariamente opondrá el beneficio de división más bien que el de cesión de acciones. Este no será invocado sino en último lugar, y notablemente cuando el deudor principal ó los cofiadores estuvieren actualmente insolventes; en este caso, el fiador los demandará por las acciones cedidas, después de que ellos se hubieren hecho solventes, ó bien hará valer inmediatamente la hipoteca que le ha sido cedida.

§ 34. *Del recurso á que da lugar la fianza.*

1° Por regla general, el fiador que ha pagado al acreedor, tiene un recurso contra el deudor principal, porque frecuentemente ha caucionado al deudor á consecuencia de un mandato (1) ó como gestor de negocios (2), y con este título dispone de las acciones contrarias de mandato ó de gestión de negocios (3), independientemente de las acciones del acreedor que él ha podido hacerse ceder (4). Aunque la acción contraria de gestión de negocios es excluída por la oposición que el deudor ha hecho á la caución (5), el fiador puede proporcionarse un recurso haciéndose ceder las acciones del acreedor (6). Pero, conforme á los principios generales sobre la acción contraria de gestión de negocios (7), todo recurso es rehusado al fiador que se ha constituído tal contra la voluntad del deudor principal (8)

---

(1) *Inst.* lib. 3, tit. 20, § 6; *Dig.* lib. 17, tit. 1, l. 6, § 2.
[2] *Dig.* lib. 3, tit. 5, l. 42.
[3] Véanse los textos cit. en las dos notas precedentes.
(4) *Cod.* lib. 8, tit. 40, l. 14.
[5] *Dig.* lib. 17, tit. 1, l. 6, § 2 y l. 40.—Véase después en esta obra, § 192.
(6) Véase antes § 33-II-B, 3.
(7) Véase adelante, § 192.
(8) *Dig.* lib. 17, tit. 1, l. 6, § 2 y l. 40,—Art. 1745 del Cód. Civ. del D. F. de México.

y que no ha hecho uso del beneficio de cesión de acciones, así como al fiador que no ha querido obligar al deudor principal, sea que haya querido hacerle una liberalidad (1), sea por cualquier otro motivo (2). El recurso no es tampoco posible de parte del fiador si la obligación caucionada ha sido contraída en realidad en su propio interés, porque entonces él ha gestionado sus negocios personales y no los negocios de otro (3). En los dos últimos casos, ni aún está en poder del fiador crearse un recurso usando del beneficio de cesión de acciones; no se comprende un recurso de parte de un fiador que no lo ha querido al tiempo de la caución ó que ha gestionado su propio negocio. Claro es que el recurso del fiador contra el deudor principal supone que el primero haya gestionado como buen de padre de familia, particularmente en lo que concierne á los medios de defensa que han de oponerse al acreedor (4). El fiador no es admitido á ejercitar su recurso contra el deudor principal sino después de haberlo libertado por el pago (5) ó por un acto equivalente como la compensación (6). Sin embargo el fiador puede independientemente de todo pago, hacerse libertar por el acreedor, desde luego cuando es condenado á pagar, en razón de la inminencia del pago (7), después cuando el deudor principal ha prometido descargarlo de la caución en un plazo determinado, el cual ha

---

(1) *Dig*. lib. 2, tit. 14, l. 32; *Id*. lib. 3, tit. 5, l. 4; *Id*. lib. 17, tit. 1, l. 6, § 2.

(2) Tal sería el caso en que el fiador no ha querido sino ejecutar un mandato que le había sido encomendado por un tercero. [*Dig*. lib. 17, tit. 1, l. 53 y 21]; sería de otra manera si hubiera recibido á la vez un mandato de un tercero y otro, del deudor principal. (L. 21 y 53 cit.) Véase también el *Dig*. lib. 7, tit. 5, l. 8. Windescheid, II, § 481 y nota 2, y L. 12, tit. 12, Partida 5ª

[3] *Dig*. lib. 2, tit. 14, l. 24; *Id*. lib. 34, tit. 3, l. 5.

(4) *Dig*. lib. 17, tit. 1, l. 29, §§ 1 y 4; *Id*. lib. 46, tit. 1, l. 67; *Cod*. lib. 4, tit. 35, l. 10.

(5) L. 10 cit.

[6] *Dig*. lib. 17, tit. 1, l. 10, § 13; l. l. 11-12 §§ 1 y 2; l. 26, § 3 y *Dig*. lib. 46, tit. 1, l. l. 18 y 64.

[7] *Dig*. lib. 46, tit. 1, l. 45.

expirado (1), en fin cuando disminuye las seguridades que presentaba al tiempo de la fianza, al grado de poner en peligro el recurso del fiador, en cuyo caso este último debía ser autorizado á cuidar su derecho eventual contra el deudor principal (2).

2° Por el contrario el deudor que paga la totalidad de la deuda, no goza generalmente por este motivo de ningún recurso contra sus cofiadores, por falta de una relación de mandato ó de gestión de negocios (3). Sólo de una manera perfectamente excepcional existirá una de estas relaciones entre los cofiadores; se concibe que éstos se hayan dado mutuamente el mandato de caucionar la deuda; es posible también que se haya querido gestionar el negocio de otro fiador, ya prestando caución con él, ya absteniéndose de oponer el beneficio de división; en estos casos el fiador tendrá un recurso contra sus cofiadores, y lo ejercitará por las acciones contrarias de mandato ó de gestión de negocios, ó bien por las acciones cedidas del acreedor. Pero está en el poder de un fiador cualquiera crearse un recurso contra sus cofiadores usando del beneficio de cesión de acciones (4). En lo que concierne á la época de este recurso, supone el pago de la deuda, como el recurso contra el deudor principal. Es apenas necesario hacer observar que, si un fiador ejercita contra sus cofiadores las acciones del acreedor que le han sido cedidas, debe lo mismo que el acreedor, sufrir el beneficio de división.

(1) Arg. *Cod.* lib. 4, tit. 35, l. 10 y *Dig.* lib. 17, tit. 1, l. 45, § 2.

[2] *Dig.* lib. 17, tit. 1, l. 38. § 1; *Cod.* lib. 4, tit. 35, l. 10.

(3) Gayo, III-122; *Inst.* lib. 3, tit. 20, § 4; *Dig.* lib. 46, tit. 1, l, 39; *Cod.* lib. 8, tit. 40, l. 11.—En este sentido Savigny, I, § 25-III, p. 273 y 275; Maynz, II, § 263.

(4) *Dig.* lib. 46, tit. 1, l. l. 17-36 y 39; *Cod.* lib. 8, tit. 40, l. 11, § 1.—En este sentido Maynz, II, § 263 y nota 50.—*Contra:* Savigny, I, § 25-III, p. 275 y 277. Arts. 1757 á 1761 del Cód. Civ. del D. F. de México.—El fiador no tiene necesidad de un recurso contra sus cofiadores si opone el beneficio de división.—Arts. 1741 á 1744 del Cód. Civ. del D. F. de México.

B.—DEL CONSTITUTO DE LA DEUDA DE OTRO. § 35.

Dig. Lib. 13, tit. 5; Cod. Lib. 4, tit. 18.

Se puede caracterizar la fianza como una caución de derecho civil; el constituto de la deuda de otro es una caución del derecho de gentes; fué introducido por el edicto pretoriano (1). Puesto que el constituto de la deuda de otro es una caución, en todo como la fianza, está en general sometido á las mismas reglas (2). El constituente debe ser capaz de obligarse (3); se necesita una obligación principal (4) y la del constituente no puede tener más extensión (5). A la manera del fiador, el constituente se obliga generalmente en los mismos términos que el deudor principal, ni á menos, ni á más. Está pues obligado solidariamente al pago de la deuda, aunque haya muchos constituentes (6), y responde de todas las prestaciones accesorias que ha previsto ó podido prever al tiempo del constituto. Por otra parte, dispone de las diversas excepciones que pertenecen al deudor principal, y goza de los tres beneficios de orden (7), de división (8) y de cesión de acciones (9). En fin se asimila también al fiador en cuanto al recurso contra el deudor principal y los coconstituentes. Siendo el constituto de la deuda de otro una caución del

[1] Véase adelante § 71-2º

(2) Véase antes §§ 32 y 34.—Véase también lo que se dirá del constituto de la deuda de otro, más adelante, §§ 70 y 73.

(3) *Dig*. lib. 46, tit. 1, l. 1, § 2.

(4) *Dig*. lib. 46, tit. 1, l. 3, § 1; l. 1, §§ 6 y 8; l. 3, § 2; l. l. 11 y 19, § 1 y l. 29.

[5] *Dig*. lib. 46, tit. 1, l. 11, § 1; l. l. 12 y 13.

(6) *Dig*. lib. 46, tit. 1, l. 16.

(7) *Novella* 4, cap. 1.—Se designa por las palabras relativas de esta *Novella* manifiestamente al constituente, y no, como lo quiere la Vulgata, al *sponsor*.—Es lo que la Vulgata misma reconoce en la traducción de la *Novella* 115 cap. 6, y de la *Novella* 136 prefacio y cap. 1. Véase á Theophilo, *Inst*. 4-6, § 8. En este sentido Maynz, II, § 264, nota 4 y Vangerow, II, § 579, *Anm*. núm. 3.

[8] *Cod*. lib. 8, tit. 40, l. 3.

(9) *Novella* 4, cap. 1.

derecho de gentes forma una convención de buena fe y bajo este título es más libre que la fianza bajo los siguientes aspectos:

1° Cuando él es más extenso que la obligación principal, es solamente reducido á esta obligación y no herido de nulidad completa (1). El constituente aun puede obligarse de una manera más onerosa que el deudor en cuanto al tiempo (2) y al lugar del pago (3). Puede también obligarse á dar en pago otra cosa, con tal de que no prometa más (4).

2° El constituto de la deuda de otro es un pacto pretoriano, que se perfecciona por el simple consentimiento de las partes, independientemente de la forma de la estipulación (5). Da lugar á la *actio de pecunia constituta* (6), que es de buena fe (7).

C.—DEL MANDATO EN FAVOR DE UN TERCERO; § 36.

El mandato en favor de un tercero es nulo en su principio; el mandatario no puede ser obligado á ejecutarlo, ni por el mandante, por falta de interés ni por el tercero, puesto que no ha intervenido en el contrato. Tal es el caso

---

[1] *Dig*. lib. 46, tit. 1, l. 1, § 8. L. 11, § 1; l. l. 12 y 19.

(2) *Dig*. lib. 46, tit. 1, l. 4.

(3) *Dig*. lib. 46, tit. 1, l. 5.

(4) *Dig*. lib. 46, tit. 1, l. 1, § 5 y l. 25.

(5) *Inst*. lib. 4, tit. 6, § 9; *Dig*. lib. 46, tit. 1, l. l. 1 y 5, § 3; l. 14, § 3; l. l. 15, 24 y 26.

(6) *Inst*. lib. 4, tit. 6, § 9.

[7] Entre la fianza y el constituto de la deuda de otro existe otra diferencia de que no puede darse cuenta por la mayor libertad de la segunda caución; pero que resulta de la idea de que el constituto de la deuda de otro debe procurar al acreedor una satisfacción propiamente dicha. (*Dig*. lib. 46, tit. 1, l. 21 § 2). El constituente no estaba autorizado para prevalerse de las causas de extinción de la obligación principal que no habían tenido por resultado satisfacer al acreedor. A esta categoría pertenecen la prescripción de la obligación principal. [*Dig*. lib. 46, tit. 1, l. 18, § 1] y, desde el punto de vista del derecho clásico, la *litis contestatio* comprometida por el acreedor con el deudor principal. (*Dig*. lib. 46, tit. 1, l. 18, § 3). Véase antes § 33, nota 26.

en que yo encargo á A de prestar 1,000 á X (1). Pero el mandato de que se trata se hace válido inmediatamente cuando el mandatario lo ejecuta por su voluntad, cuando hace en provecho del tercero lo que estaba encargado de hacer, cuando, en el caso indicado antes, A presta 1,0˙0 á X. La ejecución voluntaria del mandato produce una caución; se presume que el mandante ha querido caucionar al tercero para el caso en que el mandato fuera ejecutado; el mandatario se ha hecho acreedor, el tercero es el deudor principal, y tiene por caución al mandante (2). El mandato otorgado en favor de un tercero se designa con el nombre arbitrario de mandato cualificado (*mandatum qualificatum*); en cuanto al mandante, nuestras fuentes lo llaman aquí *mandator* (3), término que es rara vez aplicado á otros mandantes (4). En general, las reglas de la fianza son también seguidas en el caso. El mandante está obligado como el deudor principal; luego solidariamente, aun cuando haya muchos mandantes (5), y su obligación no cesa sino respecto á las prestaciones accesorias que él no ha previsto ni debido prever al tiempo del mandato. Goza también de los beneficios de orden (6), de división (7) y de cesion de acciones (8). En fin, el mandante que ha pagado al acreedor, tiene contra el deudor principal y comandantes el mismo recurso que el fiador (9). Pero existe una di-

---

(1) Arg. *Inst.* lib. 3, tit. 19, § 19.

[2] *Inst.* lib. 3, tit. 26, § 6.—Se puede también, después de que un tercero ha contraído ya una obligación, dar al acreedor el mandato de no demandarle inmediatamente; y si el acreedor sobresee en la demanda, el mandante se hace la caución del tercero deudor. [*Dig.* lib. 17, tit. 1, l. 12 § 14].

[3] *Dig.* lib. 46, tit. 1; *Cod.* lib. 8, tit. 40.

(4) Véase sin embargo *Dig.* lib. 17, tit. 1, l. 22, § 11; l. l. 46 y 49.

[5] *Cod.* lib. 8, tit. 40, lib. 23.

[6] *Novella* 4, cap. 1.

[7] *Dig.* lib. 27, tit. 7, l. 7; *Cod.* lib. 4, tit. 18, l. 3.

(8) *Dig.* lib. 17, tit. 1, l. 25, § 5; *Id.* lib. 46, tit. 1, l. 13.

(9) *Dig.* lib. 17, tit. 1, l. 10, § 11.

ferencia considerable entre la fianza y la caución por mandato, y es que la obligación del mandante no es una obligación accesoria; es una obligación propia é independiente de la del deudor principal; es una obligación resultante de un mandato (1) y sometida á la teoría de este contrato. En consecuencia:

1º El mandante no está obligado hacia el mandatario sino conforme á los principios del mandato. No está pues obligado respecto de un mandatario que se ha excedido de su mandato, prestando por ejemplo 2,000 en lugar de 1,000, ó al menos no está ligado sino en los límites de sus instrucciones (2). No lo está tampoco respecto de un mandatario á quien la ejecución del mandato no ha causado ningún daño, lo que sucederá si el tercero mutuatario ha reembolsado el préstamo (3). En fin, el mandatario no podría tampoco demandar la reparación de un daño sufrido por su culpa; tal sería el caso en que él hubiera remitido la deuda al deudor principal.

2º Por otro lado, el mandante soporta plenamente la responsabilidad de su mandato. Desde el momento que el mandatario se ha ceñido á los límites de su mandato, el mandante debe reembolsarle todos sus gastos legítimos, reparar el daño que la ejecución le ha causado sin su culpa, y descargarle de las obligaciones que ha contraído legítimamente. No es admitido á oponer las excepciones del deudor principal que tuvieran por efecto sustraerle á la responsabilidad mencionada. Supóngase que yo encargo á A de prestar 1,000 á X. que era un hijo de familia; yo no puedo prevalerme de la *exceptio senatus consulti Macedoniani*; debo reembolsar á A los 1000 que ha prestado y no ten-

(1) *Dig. eod.* l. 28.
(2) *Cod.* lib. 8, tit. 40, l. 7.
(3) *Dig.* lib. 46, tit. 1, l. 52, § 3; l. 71 y *Cod.* lib. 8, tit. 40, l. 4.

go ningún recurso contra X; se presume que he renunciado á él (1).

3° Si el mandante paga al mandatario, este pago, en razón de la diversidad de deudas no liberta de pleno derecho al deudor principal (2); éste puede solamente rechazar por una excepción de dolo al acreedor (el mandatario) que le reclama un segundo pago. Se sigue de aquí que el mandante puede, aun después de haber pagado al acreedor, pedir la cesión de sus acciones (3) y también, independientemente de una cesión efectiva, obrar contra el deudor principal por medio de las acciones útiles *quasi ex jure cesso*. En efecto, aun después de haber sido pagado por el mandante, el acreedor conserva formalmente sus acciones contra el deudor principal, y desde entonces nada se opone á la cesión real ó ficticia de ellas (4).

D.—DE LAS INTERCESIONES DE LAS MUJERES.

§ 37. *Historia.*

Bajo la República las mujeres intercedían con una completa libertad. A partir de Augusto se operó una reacción; se consideró que las mujeres son demasiado naturalmente inclinadas á interceder y se quiso protegerlas contra esta debilidad del sexo [5]. La condescencia de la

(1) *Dig*. lib. 4, tit. 4, l. 13.

(2) *Dig*. lib. 17, tit. 1, l. 28.

(3) *Dig*. lib. 17, tit. 1, l. 28.

(4) Maynz, II, § 264.—Ya en el derecho clásico, á diferencia de lo que sucedía con la fianza (Paulo, II-17 § 15), la *litis contestatio* entre el acreedor (el mandatario) y el deudor principal, no libertaba al mandante (Paulo, II-17, § 15; *Dig*. lib. 17, tit. 1, l. 27, § 5; *Id*. lib. 46, tit. 1, l. l. 13 y 52 § 3; *Cod*. lib. 8, tit. 40, lib. 23; *Dig*. lib. 17, tit. I, l. 60). Era una consecuencia de la diversidad de las deudas. Pero en derecho nuevo la misma regla es seguida en la fianza. [*Cod*. lib. 8, tit. 40, l. 28].

(5) *Dig*. lib. 13, tit. 5, l. l. 1, § 1 y 2, § 2. Se juzgó también que era poco

mujer era sobre todo de temer respecto de su marido; hé aquí por qué se procuró desde luego escudarla por este lado. La ley *Julia de adulteriis* del reinado de Augusto prohibió al marido hipotecar los inmuebles dotales itálicos, aun con el consentimiento de la mujer, por el motivo de que este consentimiento en la hipoteca formaba una intercesión [1]. Por otra parte, varios edictos de Augusto y de Claudio prohibieron cualquiera intercesión de la mujer en favor de su marido [2]. También bajo el reinado de Claudio, en el año 46 de nuestra era, apareció el Senado Consulto Valeyano, que hirió de ineficacia las intercesiones de la mujer, aun en beneficio de otros que el marido [3]. Verdad es que la parte dispositiva del Senado Consulto no mencionaba expresamente sino dos modos de intercesión: las fianzas y los préstamos de consumo hechos por la mujer por cuenta de otro [4]. Pero en razón del preámbulo [5] y del espíritu del Senado Consulto, se le extendió á todas las intercesiones (6). Justiniano fué más lejos todavía: declaró inexistente la intercesión de la mujer, desde luego cuando ella se había verificado en beneficio de un tercero de otra manera que por un título á la vez público y firmado por tres testigos (7), en seguida y de una manera

---

conveniente que la mujer intercediese por otro, siendo la intercesión un *virile officium* (*Dig*. lib. 13, tit. 5, l. l. 2, § 1 y 1, § 1).—Art. 1704 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[1] *Inst.* lib. 2, tit. 8,

[2] *Dig*. lib. 13, tit. 5, l. 2.

[3] *Dig*. lib. 13, tit. 5, l. l. 1 y 2 § 1. El Senado Consulto declara que no hace sino consagrar una práctica anterior; entiende sin duda hablar de una extensión que se procuraba dar anteriormente á los edictos de Augusto y de Claudio. [*Pothier*, *Pand.*, 16-1 núm. 1, nota f.]

[4] *Dig*. lib. 13, tit. 5, l. 2 § 1.

(5) *Id*. id. l 2 § I.

[6] *Dig*. ilb. 13, tit. 5, l. l. 2 § 4, 6, 7 y 8, § 8 y 14; l. 17; § 2; *Dig*. lib. 13, tit. 5, l. 1, § 1; *Cod*. lib. 4, tit. 18, l. l. 4, 5 y 7.

[7] *Cod*. lib. 4, tit. 18, l. 23, § 2 y 3.

absoluta cuando se hacía en beneficio del marido [1]. Nos ocuparemos sucesivamente del Senado Consulto Veleyano y de las reformas de Justiniano.

§ 38. *Teoría del Senado Consulto Veleyano.*

I. En el último estado del derecho romano, la teoría del Senado Consulto Veleyano se aplica exclusivamente á las intercesiones de la mujer hechas por un título público y firmado por tres testigos, en beneficio de otros que su marido. Según el Senado Consulto, la intercesión de la mujer no es inexistente; es solamente herida de ineficacia; no obliga á la mujer ni civil ni naturalmente (2). No estando obligada la mujer civilmente puede rechazar la acción del acreedor por la excepción del Senado Consulto Veleyano [3]. Y como no existe tampoco una obligación natural, si en la ignorancia de su beneficio ella ha pagado al acreedor, dispone de la *condictio indebiti;* se excusa en el caso su error de derecho, por derogación á la regla *error juris nocet* [4]. La excepción del Senado Consulto Veleyano pertenece igualmente á los herederos de la mujer [5] así como á sus fiadores (6) y otros intercedentes [7], aun cuando ellos no gocen de un recurso contra

(1) *Novella* 134, cap. 8.

[2] *Arg. Cód.* lib. 4, tit. 18, l. 9.

[3] *Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 25, § 1. La mujer puede también prevalerse de su excepción después de haber sido condenada, cuando es demandada por la *actio judicati* en ejecución de la sentencia. [*Dig.* lib. 14, tit. 6, l. 11].

[4] *Cod.* lib. 4, tit. 18, l. 9; *Dig.* lib. 12, tit. 6, l. 40. Si la mujer ha dado su cosa en hipoteca, se defenderá por dicha excepción contra la acción hipotecaria, ó bien reivindicará su cosa contra el acreedor hipotecario ó contra el tercero á quien éste último ha vendido la cosa, rechazando la excepción *rei obligatæ* por la *replicatio Senatus Consulti Velleiani.* [*Dig.* lib. 6, tit. 1, l. 39 § 1, l. 40; *Id.* lib. 13, tit. 5, l. 32, § 1; *Cod.* lib. 4, tit. 18 l. 7 y *Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 32 § 2.

[5] *Cod,* lib. 4, tit. 18, l. 20.

[6] *Dig.* lib. 44, tit. 1 l. 7, § 1 y *Cod.* lib. 4, tit. 18 l. 14.

[7] *Dig.* lib. 20, tit. 3, l. 2.—*Contra:* Art. 1724 del Cód. Civ. del D. F. de México.

la mujer (1), porque la excepción tiene un carácter real [2]. Cuando la intercesión de la mujer había sido privativa, su ineficacia causaba un grave perjuicio al acreedor. La *expromissio* de la mujer había libertado al deudor originario, ó bien la mujer por su intervención había impedido al acreedor adquirir un crédito contra el tercero en favor de quien ella había intervenido. Hé aquí por qué el pretor vino en socorro del acreedor. En el caso de una *expromissio* de la mujer, él daba al acreedor su acción contra el antiguo deudor, como acción útil (*rescissoria vel restitutoria*) (3), y con ella todos sus accesorios (4). En el caso de una intervención de la mujer, el pretor acordaba útilmente al acreedor, contra el tercero en favor de quien la mujer había intervenido, la acción que nace del contrato concluído con la mujer, por ejemplo la *actio ex stipulato* (5).

II. Cesa el beneficio de la mujer:

1º Cuando ha sido pagada por interceder; debe entonces soportar el riesgo de la intercesión, como tiene su ventaja [6].

[1] *Dig*. lib. 13, tit. 5, l. 16 § 1.

[2] *Id*. id.; *Dig*. lib. 44, tit. 1, l. 7, § 1. La excepción pertenece aun á los que han intercedido á consecuencia de un mandato de la mujer, con tal que el acreedor haya tenido conocimiento de este mandato. La intercesión subsidiaria de la mujer aprovecha aquí al intercedente directo, porque la mujer es la única verdadera intercedente. [*Dig*. lib. 13, tit. 5, l. l. 6 y 30, § 1 y l. 32 § 3; *Cod*. lib. 4, tit. 18, l. 15]. Véase también el *Dig*. lib. 13, tit. 5, l. 8, § 4. Por otra parte, la excepción del Senado Consulto Veleyano se da contra el acreedor y sus herederos y también contra aquellos que han intercedido por mandato de la mujer y que han debido pagar al acreedor porque éste ignoraba la existencia del mandato. [*Dig*. lib. 13, tit. 5, l. l. 6, 7 y 32, § 3].

[3] *Dig*. lib. 13, tit. 5, l. 1, § 2, l. 8, §§ 7 y 9, l. 13, § 2, l. 32, § 5 y l. 8, § 8.

[4] *Dig*. lib. 13, tit. 5, l. 13, § 1, l. l. 14 y 20; *Cod*. lib. 4, tit. 18, l. 8, § 1.

(5) *Dig*. lib. 13, tit. 5, l. 1, § 2, l. 8, § 14. En virtud de una disposición especial, el acreedor se aprovechaba de la hipoteca que la mujer se había hecho dar por el tercero en provecho de quien había intervenido. [*Dig*. lib. 13, tit. 5, l. 29].

[6] *Cod*. lib. 4, tit. 18, l. 23; *Dig*. lib. 13, tit. 5, l. l. 16 y 22; *Cod*. lib. 4 tit. 18, l. 23, § 1.—Vangerow, III, § 58, *Anm*. I, núm. 1.—Art. 1704, fr. III del Cód. Civ. del D. F. de México.

2º Cuando la mujer se ha hecho culpable de un dolo hacia el acreedor, porque el Senado Consulto quiere protegerla contra su ligereza y no contra su fraude. [1].

3º Cuando el acreedor ha caído en un error excusable respecto de la intercesión de la mujer, y notablemente cuando la mujer que intervenía por un tercero, no ha hecho conocer esta circunstancia al acreedor que la ignoraba [2].

4º Cuando ella ha intercedido cerca de un acreedor menor y el deudor principal es insolvente; el interés del menor prevalece aquí sobre el privilegio de la mujer [3].

5º Cuando la intercesión se ha verificado en provecho de la libertad [4] ó de una constitución de dote [5], á causa del favor de que gozan la libertad y la dote.

6º Cuando la mujer renuncia desde luego á su beneficio, ya expresa [6], ya tácitamente. Hay renuncia tácita de parte de la mujer que acepta la herencia del deu-

---

[1] *Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 2, § 3 y l. l. 23 y 30; *Cod.* lib. 4, tit. 18, l. l. 5 y 18. —Art. 1704, fr. II, del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) *Dig.* lib. 13, tit. 5, l. l. 4, 11, 17, 27 y 28, § 1; *Cod.* lib. 4, tit. 18, l. l. 1 y 13; *Dig.* lib. 13, tit. 5, l. l. 6-32 § 3 y 19, § 5.

(3) *Dig.* lib. 4, tit. 4, lib. 12.

[4] *Cod.* lib. 4, tit. 18, l. 24.

(5) *Cod.* lib. 4, tit. 18, l. l. 12 y 25.

[6] *Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 32, § 4. La renuncia es también necesaria en el caso para que la mujer sea admitida á la *litis contestatio*.—Según el antiguo Derecho de México podía ser renunciado el beneficio del Senado Consulto Veleyano l. l. 61 de Toro y 2, tit. 16, lib. 5, de la Recopilación; Castro, *Discursos críticos sobre las leyes*, 1º tomo 2 lib. 4 y Alvarez Posadilla *Coment. l. 61 de Toro*, págs. 365 y 366, estableciéndose que la prohibición del Senado Consulto reconocía un derecho y mero privilegio susceptible de ser renunciado por la agraciada y no siendo en consecuencia de interés general. Sentencia del Juzgado 5º de lo Civil de México, de 31 de Agosto de 1853. [*Gaceta de Trib.*, tom. 2, pág. 869]. Pero, á no dudarlo, en el derecho moderno no sucede lo mismo, atento lo dispuesto por los arts. 6 y 1704 del Cód. Civ. del D. F. de México y así lo ha reconocido la jurisprudencia de los tribunales, sentencia del Juzgado 2º de lo Civil del D. F. de 14 de Marzo de 1874. [*El Foro*, tom. 3, núm. 55, año de 1874]. Véase la obra *Princip. de Derecho Civil Mexicano* por A. Verdugo, tom. 1, págs. 53 á 59.

dor principal [1]. Pero la mujer no renuncia válidamente á su beneficio en el momento mismo de su intercesión. En efécto, el objeto del Senado Consulto Veleyano es proteger á la mujer contra su ligereza y especialmente contra una exagerada confianza en la solvencia del deudor; ahora bien esta ligereza, esta confianza que la determina á interceder, la arrastraría también á rennnciar su beneficio. Luego si la renuncia inmediata hubiera sido posible, se hubiera frustrado el objeto del Senado Consulto, tanto más cuanto que las renuncias se habrían hecho de estilo; ellas habríau acompañado regularmente á las intercesiones de la mujer [2]. Sin embargo, muchos autores admiten sin distinción la validez de la renuncia de la mujer [3]. Otros se pronuncian de una manera general contra esta validez, salvo algunas excepciones [4].

7º Cuando la mujer renueva su intercesión después de dos años [5].

(1) *Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 8, § 13; *Id.* lib. 46, tit. 3, l. 95 § 2.—Maynz, II § 265, nota 16.

[2] *Arg. Cod.* lib. 4, tit. 18, l. 22. En este sentido Maynz, II, § 265 y Muhlembruch, II, § 488–2º y nota 15.

[3] Puchta *Pand*, § 488–7º; Vangerow, III, § 581, *Anm.* I y Namur, II, § 331–5. No se puede oponer ni el *Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 32, § 4, puesto que se trata aquí de una renuncia subsecuente, ni la regla según la cual la madre y la abuela, para llegar á la tutela de sus descendientes, deben renunciar al beneficio del Senado Consulto Valeyano. (*Cod.* lib. 5, tit. 35, l. 3, y Novella 118, cap. 5); porque se comprende que, á pesar de la nulidad de una renuncia voluntaria, la ley impone la renuncia en un caso particular.

[4] Thibaut, I, § 536. A; Windscheid, *De valida mulierum intercessione*, pág. 57 y siguientes.

[5] *Cod.* lib. 4, tit. 18, l. 22. Se alegan muchas otras excepciones del beneficio del Senado Consulto Veleyano. Tales serían el caso en que la mujer intercede en su propio interés. (*Dig.* lib. 13, tit. 5, l. l. 13, 21 y 27, § 2; *Cod.* lib. 4 tit. 18, l. l. 2 y 6; Art. 1704 fr. IV del Cód. Civ. del D. F. de México, y aquel en que intercede con la intención de hacer una liberalidad al deudor. (*Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 4, párf. 1 y l. l. 8 y 21 párf. 1). Pero no hay verdadera intercesión en estos casos. Véase antes párrafo 30, I. Vangerow, III, párf. 581, *Anm.* I, núms. 1, 2 y 3 y Maynz, II, párf. 265.

§ 38 bis. *Reformas de Justiniano.*

Justiniano hizo en esta materia una doble reforma: declara inexistente la intercesión de la mujer, desde luego cuando ella se verifica en provecho de un tercero, de otra manera que por un título público firmado por tres testigos [1], en seguida cuando se hace en provecho del marido, aun cuando la formalidad anterior hubiera sido observada (2). En los dos casos la intercesión de la mujer se considera como no hecha; se presume que la mujer no ha hecho nada y por tanto el recurso al Senado Consulto Veleyano es inútil (3). Para que éste sea aplicable en el derecho nuevo, es preciso que la mujer haya intercedido por un tercero, otro que su marido y por un título público firmado por tres testigos (4).

I. La nulidad establecida por Justiniano contra las intercesiones no solemnes de la mujer en favor de terceros sufre excepción:

1º Cuando la mujer ha sido pagada por interceder; como ella obtiene una ventaja de la intercesión, soporta también sus riesgos [5].

2º Cuando la mujer engaña al acreedor con motivo de su intercesión; porque ¿cómo imponer al acreedor la observancia de una forma cuando, en razón del fraude, ignora que hay que observar esa forma? [6].

3º Cuando el acreedor cae en un error excusable rela-

---

[1] *Cod.* lib. 4, tit. 18, l. 23, párfs. 2 y 3.

[2] *Novella* 134, cap. 8.—Art. 1704, fr. IV del Cód. Civ. del D. F. de México.

(3) *Cod.* lib. 4, tit. 18, l. 23, párf. 3; *Novella* 134, Cap. 8.

(4) *Cod.* iib. 4, tit. 18, l. 23, párf. 2.

(5) *Cod.* lib. 4, tit. 18, l. 23. Art. 1704 fr. III del Cód. Civ. del D. F. de México.

(6) Winscheid, II, párf. 488–1º y nota 5. Art. 1704 fr. II del Cód. Civ. del D. F. de México.

tivamente á la intercesión de la mujer por un motivo análogo.

4º En el caso de una intercesión en favor de una constitución de dote [1].

II. La intercesión de la mujer por su marido es nula aun cuando sea hecha en un título público firmado por tres testigos [2]. Hay excepción en esto cuando el marido ha sido engañado por la mujer ó bien ha caído en un error excusable con motivo de la intercesión de la misma. La razón de esto es que el marido, á causa del dolo ó del error excusable, ha ignorado la intercesión de la mujer [3].

Como todas las excepciones de las dos constituciones de Justiniano son al mismo tiempo excepciones del beneficio Veleyano, la mujer está en los casos indicados plenamente obligada por su intercesión.

---

[1] *Cod.* lib. 4, tit. 18, l. 25. En efecto, esta ley es posterior á la 23 que estableció la solemnidad de que se trata, y declara de una manera general que la mujer intercede válidamente en favor de la dote. La cuestión sobre hasta qué punto las excepciones del beneficio Veleyano son también excepciones de la solemnidad de la ley 23 es de las más controvertidas. Unos admiten que en todo caso en que el beneficio Veleyano cesa, la intercesión no solemne de la mujer es válida. Otros, y es la opinión dominante, no reconocen sino una sola excepción de la solemnidad de la ley 23, á saber cuando la mujer ha sido pagada por interceder. (Vangerow, III, párf. 581, *Anm.* 2; Maynz, II, párf. 265). Aceptamos la opinión intermediaria de Winscheid, II, párf. 488-1º y nota 5. No hablamos de los casos en que la mujer intercede, sea en su propio interés, sea *ánimo donandi*, porque no constituyen verdaderas las intercesiones. Véase antes párf. 38, nota 5, pág. 210.

[2] *Novella*, 134, cap. 8.

(3) La Novella 134, cap. 8, exceptúa el caso en que la mujer ha intercedido en su propio interés; pero entonces, á decir verdad, no hay intercesión. Aquí igualmente se ha querido admitir las mismas excepciones que para el beneficio Veleyano. Pero véase Vangerow, III, párf. 581 *Anm.* 3, núms. 3 y 4, y Maynz, II, párrafo 265.

CAPITULO SEGUNDO.

De las diversas especies de obligaciones.

SECCIÓN I. DE LAS OBLIGACIONES DE DAR Y DE LAS OBLIGACIONES DE HACER.

§ 39.—*Objeto de la división.*

Al definir la obligación [1], hemos tenido ocasión de explicar los dos sentidos en que se toma el *dare* y el *facere* considerados como objeto de la relación obligatoria. A estos dos sentidos corresponden las dos acepciones de la división de las obligaciones en obligaciones de dar y en obligaciones de hacer.

1º Propiamente hablando, la obligación de dar [*obligatio dandi*] es la que tiene por objeto la traslación de la propiedad de una cosa ó bien la constitución de otro derecho real. La obligación de hacer (*obligatio faciendi*) comprende el resto de las obligaciones, y por consiguiente tambien la que tiene por objeto la entrega de una cosa con otro objeto que el de conceder un derecho real, es decir la *obligatio tradendi*. A esta categoría pertenecen la obligación del arrendador y también la del vendedor [2].

---

(1) Véase antes párrafo 1.

[2] *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 30, párf. 1; arts. 1272 y 1422 del Cód. Civ. del D. F. de México.

2º Pero á veces se atribuye un sentido más amplio á la obligación de dar; se entiende por esto la obligación que tiene por objeto la entrega de una cosa con un título cualquiera; desde este punto de vista las *obligationes tradendi* y notablemente las del vendedor y del arrendador se hacen obligaciones de dar. Entonces la obligación de hacer es más restrictiva; no comprende ya sino las obligaciones que consisten en prestar hechos propiamente dichos.

§ 40.—*Importancia de la división.*

Considerada en su segundo sentido, la división de las obligaciones en obligaciones de dar y obligaciones de hacer, presenta una grande importancia.

1º La obligación de dar admite directamente una ejecución forzosa; el deudor puede ser obligado por la fuerza pública á entregar la cosa que hace el objeto de su obligación; esta cosa puede serle quitada *manu militari*, para ser entregada al acreedor (1). Por el contrario, la obligación de hacer no es directamente susceptible de ejecución forzosa; la fuerza material es impotente para obligar á alguno á que haga lo que no quiere hacer ó bien á que se abstenga de un acto que está decidido á ejecutar; no se concibe que aquel que se ha comprometido á hacer un cuadro ó á no turbar á alguno en el ejercicio de una servidumbre, sea obligado por la fuerza á ejecutar estas obligaciones (2). Desde entonces el único medio de asegurar la ejecución forzosa de las obligaciones de hacer es convertirlas en obligaciones de dar, y este resultado se alcanza por la conde-

---

(1) *Dig.* lib. 6, tit. 1, l. 68; art. 1429 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) Si, sin embargo, en un caso particular, el empleo de la fuerza era posible, sería preciso admitirlo.

nación del deudor al pago de daños y perjuicios; la obligación de hacer se convierte así en una deuda de dinero (1).

2º Las obligaciones de dar son casi siempre divisibles, mientras que las obligaciones de hacer son generalmente indivisibles. Nos referimos á este respecto á la teoría de la indivisibilidad de las obligaciones (2).

SECCIÓN II.—DE LAS OBLIGACIONES DE UN CUERPO CIERTO Y DE LAS OBLIGACIONES GENÉRICAS.

§ 41.—*Objeto de la división.*

La obligación de un cuerpo cierto [*obligatio speciei*] es la que recae sobre una cosa individualmente determinada (el caballo A) [3]. La obligación genérica [*obligatio generis*] es la que tiene por objeto una cosa indeterminada de un cierto género [un caballo en general] (4), ó bien una cantidad de cosas fungibles [mil sextercios, cien medidas de trigo] (5). Al hablar de deudas de cosas fungibles, los Romanos designan estas cosas por la circunlocución *rex quæ pondere, número vel mensura constant* (6); son las cosas que se pesan, se cuentan ó se miden. La expresión de cosas fungibles es de creación moderna (7). La obligación genérica comprende la obligación genérica propiamente dicha y la deuda de cosas fungibles. Pero se puede también generalizar la última expresión aplicándola á las obligaciones genéricas propiamente dichas.

---

[1] *Dig.* lib. 42, tit. 1, l. 13, § 1; *Id.*, lib. 5, tit. 1, l. 43; art. 1423 del Cód. Civ. y 1022 fr. I del de Proc. Civ. del D. F. de México.

[2] Véanse más adelante §§ 55 y 58.

[3] *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 54.

(4) *Id.* id.

(5) *Dig. eod.* l. 83, § 5; *Id.* lib. 12, tit. 1, l. 2, § 1.

[6] L. 2, § I, cit.

(7) Se le ha deducido de la ley 2, § 1 cit. de Paulo.

§ 42.—*Importancia de la división.*

1º Ante todo, la división tiene una importancia capital desde el punto de vista de los riesgos y peligros; el deudor de un cuerpo cierto queda libre por el caso fortuito; esta liberación no se aplica al deudor de un género. Es lo que hemos explicado antes [1].

2º El deudor de un cuerpo cierto debe prestar ciertos cuidados en la guarda y conservación de la cosa debida. (2). No puede tratarse de semejantes cuidados con ocasión de una obligación genérica [3].

3º En la obligación genérica hay lugar de elegir la cosa que debe ser dada en pago. En principio esta elección pertenece al deudor, porque en la duda se decide en su favor [4]. Sin embargo la regla sufre una excepción cuando se trata de un legado genérico; entonces el legatario puede elegir, aunque sea acreedor de la cosa legada; la razón de esto es que se interpretan ampliamente las disposiciones de última voluntad [5]. El testador ó las partes son por lo demás libres de derogar estas reglas. [6]. Nada les impide ni aun atribuir la elección á un tercero [7]. Pero en la obligación genérica propiamente dicha, la persona que tiene la elección, debe elegir una cosa de valor común; el deudor no puede ofrecer la cosa más mala del género, ni el acreedor reclamar la mejor; del mismo modo, el tercero llamado á elegir debe hacer recaer su elección sobre una cosa de valor medio. Este sistema nos parece el único conforme á la razón y á la voluntad de las partes. A menos

---

[1] § 17.
(2) Véase antes §§ 12 y 16.
[3] Véase antes § 13, I.
(4) *Dig.* lib. 18, tit. 1, l. 60.
[5] *Inst.* lib. 2, tit. 20, § 22.
[6] § 22 cit. *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 93.
(7) *Dig. eod.* l. 141, § 1; *Cod.* lib. 6, tit. 43, l. 3, § 1.

que lo contrario se haya establecido, es preciso suponer que las partes han querido contratar en vista de una cosa de un valor medio, y no en vista de la mejor ó de la más mala. Tal es la decisión formal de nuestras fuentes en lo que concierne al legado genérico (1), y no existe ningún motivo para no extenderla á las obligaciones genéricas resultantes de convenciones; ningún texto estatuye en sentido opuesto (2). Aquí todavía el testador ó las partes pueden convenir lo contrario, expresa ó tácitamente, y en particular si la convención atribuye la elección al deudor ó el testamento la tribuye al legatario, la elección será ilimitada; el deudor tendrá derecho de presentar la cosa más mala del género, y el legatario podrá reclamar la mejor. El deudor contractual y el legatario teniendo ya la elección de pleno derecho, la cláusula relativa á la elección quedaría sin efecto si no se admitiera que ella confiere una elección absoluta (3). En cuanto á las deudas de cosas fungibles, como tienen un valor uniforme, la persona que tiene la elección, puede hacerla recaer sobre cualesquiera cosas de la especie (4), con tal de que no sean viciosas (5). La elección es por otra parte indivisible en la obligación genérica propiamente dicha, en el sentido de que aquel á quien pertenece, debe elegir una cosa entera del género; no puede elegir partes de

---

(1) *Dig.* lib. 30, *de leg.* I, l. l. 37 y 110; *Cod.* lib. 6, tit. 43, l. 3, § 1.

(2) El *Dig.* lib. 17, tit. 1, l. 52 decide que el deudor de trigo puede ofrecerlo de la última clase. Pero se trata aquí de una deuda de cosas fungibles; ahora bien reconocemos que, con ocasión de tales deudas, basta que el deudor presente cosas no viciosas. Esta diferencia con la obligación genérica propiomente dicha se explica por la consideración de que las cosas fungibles tienen un valor uniforme. El *Dig.* lib. 12, tit. 6, l. 32, § 8, no es tampoco contrario. Se enseña comunmente que el deudor de un género es admitido á pagar la peor cosa de este género. Véase en nuestro sentido Molitor, II, núm. 977; *Contra:* Maynz, II, § 191; Accarías, II, núm. 510 y Savigny, I, § 39, C, p. 401 y 402.

[3] *Dig.* lib. 33, tit. 5, l. 2. Extendemos esta ley, por analogía, de los legados á las convenciones.

(4) *Dig.* lib. 17, tit. 1, l. 52.

[5] *Dig.* lib. 33, tit. 6, l. 3.

muchos objetos, la mitad indivisa del caballo A y la mitad indivisa del caballo B; semejante opción sería manifiestamente contraria á la voluntad de las partes; es una cosa entera del género la que debe ser prestada (1). No puede tratarse de esta indivisibilidad en las deudas de cosas fungibles; cualquiera que sea la elección del deudor, el acreedor obtendrá la cantidad de cosas á que tiene derecho. ¿Puede variarse en la elección? El deudor es libre de cambiar de opinión hasta el pago; no es sino éste que hace definitiva la elección (2). Por su lado, el acreedor que tiene la elección, puede variar hasta el momento de la *litis contestatio*, porque no es sino entonces cuando su elección adquiere un carácter irrevocable, en razón del cuasi contrato judicial implicado en la *litis contestatio* [3]. En fin la elección del tercero no se hace definitiva sino por el pago ó la *litis contestatio* (4). Cuando el deudor de un género creyéndose deudor de un cuerpo cierto da en pago éste, ¿puede, después de haber descubierto su error, repetir por la *condictio indebiti* la cosa dada en pago y ofrecer otra? El

---

[1] *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 85, § 4. Una consecuencia de esta indivisibilidad es que si el deudor paga la mitad de una cosa, este pago no es válido á no ser que pague después la otra mitad de la misma cosa. Es nulo y está sujeto á repetición si el segundo pago recae sobre otra cosa, lo que es posible puesto que el deudor tiene el derecho de variar hasta un pago válido. [*Arg. Dig.*, lib. 12, tit. 6, l. 26, § 13]. Véase después § 56.

(2) *Arg. Dig.* lib. 45, tit. 1, l. l. 106 y 138, § 1 é *Id.* lib. 12, tit. 6, l. 26 § 13.

(3) *Arg. Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 112.

[4] *Arg.* de los textos citados en las dos notas precedentes. Depende naturalmente de las partes ó del testador modificar estas reglas. Ahora bien se admitía en Roma, según el espíritu de la lengua latina, que si el contrato ó el testamento acordaba la elección por las palabras: *quœm voluero* ó *volueris* solamente era permitido elegir una vez; toda variación era prohibida, mientras que las palabras: *quœm volam* ó *voles* mantenían el derecho común. (*Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 112). Claro es que si, después de la elección, ha intervenido entre el deudor y el acreedor un contrato que establecía la voluntad de las partes de hacer recaer el pago sobre el objeto electo, éste debe ser prestado de una manera absoluta. No es menos evidente que si la obligación genérica comprende prestaciones periódicas, la elección puede renovarse para cada una de estas prestaciones. (*Arg. Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 21, § 9).

derecho romano se pronuncia por la afirmativa y con razón. El deudor de un género tiene la elección. Ahora bien, dando en pago el cuerpo cierto que él cree falsamente ser objeto de su obligación, no podría ser considerado como si ejerciera la elección que le pertenece; su error excluye la elección; y no se puede tampoco sostener que debe ser privado de su elección á causa del error. Luego conserva la facultad de elegir otra cosa que la que ha dado en pago, y por tanto puede repetir esta última como habiendo sido pagada indebidamente y por error (1). Perteneciendo el derecho de elegir al deudor ó al acreedor es trasmisible á sus herederos. En efecto él constituye un accesorio de la obligación y este accesorio nada tiene de personal; desde entonces debe pasar con la obligación misma á los herederos de las partes (2). Por el contrario, la elección no se trasmite á los herederos del tercero á quien ha sido atribuida; después de la muerte del tercero, pertenece en virtud de la regla general al deudor contractual ó, al legatario; siendo el derecho del tercero excepcional debe ser interpretado de una manera restrictiva (3). En fin, el derecho de elegir del acreedor pasa al cesionario, por el mismo motivo porque se trasmite á sus herederos (4).

---

(1) *Dig.* lib. 12, tit. 6, l. 32, § 3.
[2] *Arg. Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 76.
(3) *Cod.* lib. 6, tit. 43, l. 3, § 1.
(4) *Arg. Dig.* lib. 30, *de leg.* I, l. 75, § 3. En los términos de este pasaje, cuando el acreedor de dos cosas debidas alternativamente tiene la elección y niega su crédito, el heredero está obligado á ceder su acción al legatario y éste sucede en la elección. Esta regla debe ser extendida á todas las cesiones de créditos alternativos ó genéricos. *Nom obstat.* el *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. l. 76 y 141. Según estos textos, la elección que pertenece al acreedor de una obligación alternativa es personal, y por consiguiente si la estipulación ha sido hecha por un esclavo ó un hijo de familia éstos son los que deben ejercer la elección, y no el amo ó el padre de familia. Pero esta personalidad de la elección debe ser entendida *pro sujecta materia.* Si, en el caso, el esclavo y el hijo sujeto á patria potestad deben ejercer ellos mismos la elección estipulada, es que era un principio que todo lo que estaba de hecho en las estipulaciones de dichas personas no pasaba á su jefe. [*Dig.* lib. 35, tit. 1, l. 44; *Id.* lib. 45, tit. 1, l. 130]. Véanse en

SECCIÓN III. — DE LAS OBLIGACIONES CONJUNTIVAS, ALTERNATIVAS Y FACULTATIVAS.

§ 43. — *De las obligaciones conjuntivas.*

La obligación es conjuntiva cuando recae sobre muchas cosas, que todas deben ser dadas en pago; *plures re sunt in obligatione, et plures in solutione;* por ejemplo yo os prometo el caballo A y el caballo B. Esta obligación no presenta nada de particular, es una obligación ordinaria con pluralidad de objetos; las diferentes cosas que en ella figuran son debidas y pagaderas de la misma manera que si fuesen el objeto de obligaciones separadas (1). En consecuencia, si la obligación es nula con respecto á una de las cosas, ella no es menos válida en cuanto á las otras; tal es el caso en que una de las cosas está fuera del comercio (2). El acreedor puede reclamar y el deudor debe dar en pago todas las cosas sobre las cuales recae la obligación. En fin, la pérdida fortuita de una de las cosas no dispensa al deudor del pago de las otras.

§ 44.—*De las obligaciones alternativas.*

La obligación es alternativa cuando recae sobre muchas cosas, de las cuales una sola debe ser dada en pago; *plures res sunt in obligatione, sed una tantum in solutione;* por ejemplo yo os prometo el caballo A ó el caballo B. Tam-

---

éste sentido Molitor, II, núm. 1188; Vangerow, III, § 569, *Anm.* I, núm. 3 y Maynz, II, § 191, nota 10. *Contra;* Thibaut, § 84, p. 109 y 110. En lo que concierne al caso en que la elección pertenece á un tercero, con ocasión de un legado genérico, Justiniano decide que si el tercero no ejercita su elección dentro del año, la facultad de elegir pasa al legatario. (*Cod.* lib. 6, tit. 43, l. 3, § 1).

(1) *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 29.

[2] *Dig. eod.* l. 83, § 4.

bién la obligación alternativa comprende muchas cosas; muchas cosas son debidas, como en la obligación conjuntiva. Pero, á diferencia de ésta, el deudor no debe dar en pago sino una sola. De aquí las reglas siguientes:

I. La obligación nula con respecto á una de las cosas comprendidas en la alternativa no subsiste menos en cuanto á las otras (1).

II. El acreedor no puede demandar sino alternativamente las cosas debidas (el caballo A ó el caballo B), como él las ha estipulado (2). No puede reclamarlas conjuntamente, ni referir su demanda exclusivamente á una de ellas. Esta última demanda despojaría al deudor de su elección. Se sigue en efecto para la elección casi todas las reglas de la obligación genérica; los motivos son análogos (3). La elección pertenece al deudor (4), á menos que se trate de un legado alternativo (5) y salvo convención contraria (6); pero, por la naturaleza misma de las cosas, la elección puede recaer de una manera absoluta sobre cada uno de los objetos comprendidos en la alternativa. Aquí también la elección es indivisible; debe tener por objeto una cosa entera; el deudor que ha prometido dos mil francos ó cien hectólitros de trigo, no puede ofrecer mil francos y cincuenta hectólitros de trigo (7). La persona que tiene la

---

(1) *Dig.* lib. 46, tit. 3, l. 72, § 4.

(2) *Inst.* lib. 4, tit. 6, § 33.

[3] Véase antes § 42, 30.

(4) *Inst.* lib. 4, tit. 6, § 33; *Dig.* lib. 18, tit. 1, l. l. 25 y 34, § 6; *Id.* lib. 23, tit. 3, l. 10, § 6.

[5] *Dig.* lib. 30, *de leg.* I, l. 34, § 14; *Id.* lib. 31, *de leg.* II, l. 2, 23.

(6) *Dig.* lib. 18, tit. 1, l. 34, § 6; *Id.* lib. 23, tit. 3, l. 10, § 6; *Id.* lib. 45, tit. 1, l. 75, § 8, l. l. 93 y 112.

[7] *Dig.* lib. 12, tit. 6, l. 26, § 14; *Id.* lib. 31, *de leg.* II, l. 15. Resulta de esta indivisibilidad que si el deudor comienza por pagar 1000 f. este pago no es válido sino en tanto que paga más tarde también f. 1000. Es nulo y sujeto á repetición si el deudor paga en segundo lugar los 100 hectólitros de trigo, lo que tiene derecho de hacer, puesto que puede variar hasta un pago lido. (*Dig.* lib. 12, tit. 6, l. 26, § 13). Véase adelante § 56.

elección, tiene la facultad de variar, como en la obligación genérica (1). Del mismo modo, si el deudor de una obligación alternativa da en pago las dos cosas en la creencia de que son debidas conjuntamente puede repetir por la *condictio indebiti* la una ó la otra á su elección; y si ha dado en pago una cosa, creyendo que era la única debida, puede también repetirla y ofrecer la otra. Sin embargo, los jurisconsultos romanos diferían de opinión sobre estos dos puntos. Celso, Marcelo y Ulpiano enseñaban que si el deudor de una obligación alternativa daba en pago las dos cosas en la convicción de que eran debidas conjuntamente, podía sin duda ejercitar la *condictio indebiti*, pero de tal manera que el acreedor tenía la facultad de elegir la cosa que debía ser restituida; la elección había pasado al acreedor, porque éste se había hecho deudor de restitución; debía restituir alternativamente las dos cosas (2). Celso era todavía de opinión que si el deudor de una deuda alternativa daba en pago una de las cosas, creyéndola la única debida, la repetición era excluída; aquí igualmente habría perdido su elección por defecto del pago (3). Por el contrario, Juliano y Papiniano mantenían la elección al deudor que por error había dado en pago las dos cosas (4), y Juliano permitía también al deudor que por error había dado en pago una

---

(1) *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. l. 106, 112 y 138, § 1; *Id.* lib. 12, tit. 6, l. 26, § 13; *Id.* lib. 19, tit. 1, l. 21, § 6.

(2) *Dig.* lib. 12, tit. 6, l. 26, § 13. En este pasaje, Ulpiano supone que yo había estipulado 10 ó Schichus y que mi deudor había pagado 5 y Schichus en una vez. Decide, según Celso, que tengo la facultad de guardar una de las cosas á mi elección. Véase también el *Cod.* lib. 4, tit. 5, l. 10, § 1.

[3] *Dig.* lib. 31, *de leg.* II, l. 19. Uno había legado alternativamente Stichus ó Panphilus. Si el legado era hecho *per vindieationem*, la elección pertenecía al legatario, [l. 19]. Pero cuando el legado había sido hecho *per damnationem*, según la teoría clásica, el heredero tenía la elección; ahora bien, Celso decide que si el heredero da en pago á Stichus en la convicción de que era el único debido, no es admitido á repetir. [L. 19].

(4) *Cod.* lib. 4, tit. 5, l. 10, § 1.

sola cosa, repetirla y ofrecer la otra (1). Justiniano sancionó sobre el primer punto la opinión de Juliano y de Papiniano (2). Él no preveía expresamente el segundo punto; pero siendo enteramente análoga la cuestión, debe ser resuelta en el mismo sentido (3). En fin, el derecho de ele-

---

(1) *Dig.* lib. 12, tit. 6, l. 32, § 3. Directamente Juliano no estatuye en esta ley sino para la obligación genérica. Pero funda su decisión sobre la analogía de la obligación alternativa; luego admite como constante que si alguno que debe alternativamente un esclavo en general ó á Stichus, da en pago por error á éste, tiene el derecho de repetirlo y de ofrecer otro esclavo en virtud del primer término de la alternativa.

(2) *Cod.* lib. 4, tit. 5, l. 10.

(3) Es preciso pues dar la preferencia al *Dig.*, lib. 12, tit. 6, l. 32, § 3, sobre el *Dig.* lib. 31, *de leg.* II, l. 19. [*Contra:* Molitor, I, núm. 219]. Es por otra parte indiferente, en el caso en que las dos cosas han sido dadas en pago por error, que ellas lo hayan sido al mismo tiempo ó sucesivamente. Justiniano no distingue en su constitución y no existe motivo para distinguir. [*Contra:* Maynz, II, § 191, nota 11, quien, en la hipótesis de dos pagos sucesivos no admite la repetición sino en cuanto al último]. ¿Qué decidir si la deuda alternativa es debida solidariamente por dos personas y ellas dan en pago las dos cosas? Si las dos cosas han sido dadas en pago sucesivamente, el primer pago ha sido hecho válidamente, sin ningún error de parte del que paga. Luego él extingue la deuda; la segunda cosa ha sido dada en pago indebidamente y por error; ella está sujetá á repetición. [Vangerow, III, § 569, *Anm.* I, núm. 1]. Esta regla es materialmente inaplicable en la hipótesis de dos pagos simultáneos hechos por los deudores solidarios. Desde entonces es preciso admitir que ellos tienen el derecho de repetir una de las dos cosas á su elección; no existe ningún motivo para rehusarles la elección que pertenece al deudor único. Esto supone que los deudores solidarios se entienden sobre la elección. Si no se entienden, si cada uno quiere repetir la cosa que ha dado en pago, se hace imposible dejarles la elección, porque el acreedor no tendría lo que debe restituir. Por esta razón la elección pasa entonces al acreedor y él deberá restituir una de las dos cosas al deudor que la hubiera dado en pago. [*Dig.* lib. 12, tit. 6, l. 21]. Vangerow, III, § 569, *Anm.* I núm 1. *Contra:* Thibaut, § 84, p. 109. ¿Quid si dos codeudores solidarios de una obligación alternativa han dado en pago una de las cosas en la persuación de que era la única debida? En principio, como el deudor único, ellos conservan la elección y están autorizados á repetir la cosa dada en pago y á ofrecer la otra. Pero si no están de acuerdo sobre la elección, esta pasa al acreedor, que podrá guardar la cosa recibida; si se mantuviera aquí la elección para los deudores, el acreedor no sabría si debe ó no restituir la cosa recibida. [*Arg. Dig.* lib. 12, tit. 6, l. 21]. Se seguirán las mismas reglas cuando dos deudores no solidarios de una obligación alternativa han hecho uno de los pagos mencionados; los motivos son idénticos.

gir se trasmite á los herederos de las partes (1) y al cesionario del crédito (2), como con ocasión de una obligación genérica.

III. En lo que concierne á la influencia de la pérdida de las cosas debidas alternativamente, debe distinguirse un gran número de hipótesis.

(A). La pérdida fortuita de una de las dos cosas comprendidas en la alternativa, no dispensa al deudor del pago de la otra; porque la obligación recaía sobre las dos cosas y desde entonces el solo efecto de la pérdida de una debe ser restringir la obligación de la otra (3). Sin embargo el deudor que tiene la elección puede también, si lo prefiere, ofrecer el precio de la cosa que ha perecido; y tomará este partido cuando la cosa que ha perecido, tenía menos valor que el objeto restante; por ejemplo ella valía mil solamente, mientras que el objeto restante tiene un valor de mil doscientos. Esta última regla es muy cuestionada. Se funda sobre las consideraciones siguientes. El principio según el cual el deudor no debe el valor de la cosa que ha perecido por accidente, ha sido admitido exclusivamente en su interés; ahora bien cada uno puede renunciar á un derecho establecido en su favor. Si se decidiese de otro modo, la liberación relativa del deudor, lejos de aprovecharle, le causaría un perjuicio; ella lo obligaría á entregar la cosa restante de un valor superior. La equidad se opone por lo demás á que la obligación del deudor sea agravada por una circunstancia que no le es imputable. Tenemos en fin en nuestro favor la autoridad de los textos (4). A pesar de es-

---

[1] *Dig*. lib. 45, tit. 1, l. 76; *Cod*. lib. 6, tit. 43, l. 3, § 1.

[2] *Dig*. lib. 30. *de leg*. I, l. 75, § 3. *Nom obstat Dig*. lib. 45, tit. 1, l. l. 76 y 141. Véase antes § 42.

(3) *Dig*. lib. 18, tit. 1, l. 34, § 6; *Id*. lib. 46, tit. 6, l. 95, § 1· *Id*. lib. 13, tit. 4, l. 2, § 3.

[4] *Dig*. lib. 30, *de leg*. I, l. 47, § 3. Ulpiano se ocupa principalmente en este pasaje de la hipótesis en que uno de los esclavos legados alternativamente ó

tos motivos, muchos autores obligan absolutamente al deudor á entregar el objeto restante, ya en todas las obligaciones alternativas (1), ya al menos en las obligaciones alternativas que no resultan de un legado (2). La opinión dominante nos es favorable (3). Si las dos cosas debidas

ó los dos están fugitivos ó son cautivos de guerra. Si uno de los esclavos solamente es fugitivo ó cautivo de guerra, el heredero debe entregar el esclavo presente ó el precio del ausente; no le es permitido elegir el esclavo ausente para entregarlo después de su vuelta. Si los dos esclavos están en fuga, debe prometer hacer lo mismo desde el momento que uno de ellos volviere. El jurisconsulto se ocupa también de la hipótesis en que uno de los esclavos legados alternativamente hubiera muerto; el heredero debe, dice, el esclavo sobreviviente de una manera absoluta ó tal vez solamente el precio del esclavo muerto. Las palabras *omnimodo* y *fortassis* se explican perfectamente por la consideración de que el esclavo sobreviviente queda *in obligatione*, mientras que el precio del esclavo muerto está solamente *in facultate solutionis*. Por otra parte, en los casos análogos previstos en el pasaje, Ulpiano decide de una manera explícita que el heredero es libre de pagar el valor del esclavo ausente para escapar á la entrega del esclavo presente, y estas decisiones categóricas fijan el sentido de la que se refiere á la muerte de uno de los esclavos. Según el *Dig.*, lib. 46, tit. 3, l. 95, § 1, si uno de los esclavos estipulados alternativamente muere por obra del deudor, sólo es debido el esclavo sobreviviente, y el deudor no es admitido á ofrecer la estimación de aquel que ha hecho perecer y esto, dice Papiniano, á título de pena por su culpa. Ahora bien este motivo cae cuando la muerte de uno de los esclavos es el resultado de un accidente, y por tanto la regla enunciada debe cesar en este caso; el deudor puede librarse, pagando la estimación del esclavo muerto.

(1) Maynz, II, § 191 y nota 15. Art. 1367, C. Civ. del D. F. de México.

(2) Namur, I, § 222.

(3) Se nos opone el *Dig.* lib. 18, tit. 1, l. 34, § 6, el *Id.* lib. 31, *de leg.* II, l. 11, § 1 y el *Id.* lib. 9, tit. 2, l. 55. Los dos primeros textos se limitan á decir que si uno de los esclavos debidos alternativamente muere, el esclavo supérstite queda debido, sin mencionar la facultad del deudor de pagar el valor del otro. Este silencio nada tiene de exclusivo. El *Dig.* lib. 9, tit. 2, l. 55, suscita mayor dificultad. Hablando del caso en que el acreedor mata á uno de los esclavos debidos alternativamente, Paulo aplica al esclavo supérstite las palabras: *quem necesse habeo dare;* pero sobre todo permite al deudor reclamar por la acción Aquiliana el valor del esclavo muerto y el exceso del esclavo supérstite, á título de reparación pecuniaria. Ahora bien, se podría decir, si el deudor tenía la facultad de librarse pagando el precio del esclavo muerto, el perjuicio que le ha causado el acreedor, no podría jamás exceder de dicho precio. Pero Paulo supone precisamente que el deudor, en vez de optar por el esclavo muerto, lo que le permitiría considerarse como libre, opta al contrario por el esclavo supérstite y entrega éste, al mismo tiempo que ejerce la acción Aquiliana en razón del esclavo muerto, y, en este caso, el daño sufrido por el deudor comprende ciertamente la estima-

alternativamente vienen á perecer por accidente, es claro que el deudor queda libre (1).

(B). Suponiendo una pérdida imputable al deudor en razón de una culpa propiamente dicha ó de su mora, si una de las cosas solamente perece, el acreedor tiene derecho al objeto restante; el deudor, haciendo perecer una de las cosas, parece que ha fijado su elección sobre la otra. (2). Si esta perece de la misma manera, como la obligación se había limitado á ella, el deudor debe su estimación. Si las dos cosas perecen simultáneamente, el deudor está obligado á pagar el precio de una ó de otra, á su elección. En el caso en que la elección pertenece al acreedor, las reglas enunciadas se modifican en el sentido de que el acreedor puede demandar, ya el valor de la cosa que ha perecido en primer lugar, ya, si las dos pérdidas han sido simultáneas, el valor de la una ó de la otra cosa; en efecto, la culpa ó la mora del deudor no ha podido privar al acreedor de su elección.

(C). Cuando las cosas perecen sucesivamente, la primera por caso fortuito, la segunda de una manera imputable al deudor, se debe la estimación de la última, á menos que el deudor, que tiene la elección, prefiera pagar el valor de la cosa que ha perecido en primer lugar. En efecto, después de la primera pérdida la obligación se había restringido al objeto restante, salvo la facultad dejada al deudor de ofrecer el precio de la cosa que había perecido acciden-

---

ción del esclavo muerto y el exceso de valor del esclavo sobreviviente. En cuanto á las palabras: *quem necesse habeo dare* aplicadas al esclavo supérstite, se explican considerando que este esclavo es el único objeto de la obligación facultativa. [Véase adelante nota 1, página 228]. No se puede tampoco restringir el *Dig.* lib. 30, *de leg.* I, l. 47, § 3, á los legados, puesto que el *Dig.* lib. 46, tit. 3, l. 95, § 1, contiene la misma regla para las convenciones. (Véase en nuestro sentido Molitor, I, núm. 224, Mommsen, I, § 26, 1º p. 309 á 314 y Vangerow, III, § 569, *Anm.* 2, núm. I, 1º.

[1] *Dig.* lib. 18, tit. 1, l. 34, § 6.—Art. 1369, C. Civ. del D. F. de México.

[2] *Dig.* lib. 46, tit. 3, l. 95, § 1.—Art. 1370, C. Civ. del D. F. de México.

talmente (1). Luego después de la segunda pérdida, el deudor debe la estimación de la cosa que ha perecido en segundo lugar, salvo la misma facultad. Pero ¿qué decidir cuando, en sentido inverso, la primera pérdida es imputable al deudor, mientras que la segunda es el resultado de un accidente? A primera vista, se estaría tentado de sostener la liberación del deudor, porque la primera pérdida ha hecho su obligación pura y simple, y ésta, podría decirse, ha sido extinguida por la segunda pérdida, que tenía un carácter accidental. Pero el derecho romano admite con razón que el deudor debe el precio de la cosa que ha perecido al último. En efecto, la obligación alternativa procura al acreedor la ventaja de que ella no queda extinguida por una pérdida única; ahora bien la primera pérdida, imputable al deudor, despoja al acreedor de esta ventaja, y por tanto, limitando la obligación al objeto restante, obliga al deudor á pagar de una manera absoluta este objeto, es decir á pagar el valor, aun cuando pereciera accidentalmente. Esta consideración explica por qué el deudor debe la estimación de la cosa que ha perecido por accidente, más bien que la de la cosa que ha perecido por su culpa ó después de su mora (2). En la misma hipótesis, si el acreedor tiene la elección, se comprende que pueda demandar de preferencia la estimación de la cosa que ha perecido primero. Si las dos cosas han perecido simultáneamente, una por caso fortuito, otra de una manera imputable al deudor, se debe el precio de la segunda, á menos que el deudor que tiene la elección quiera mejor pagar el valor de la otra.

(D). Si una de las cosas perece por culpa del acreedor, la obligación alternativa se limita al objeto restante, el único que pueda todavía ser debido. Pero el acreedor está

---

[1] Véase antes núm. III, A del presente párrafo.—Art. 1368, C. C. del D. F. de México.

(2) *Dig.* lib. 46, tit. 3, l. 95, § 1.

obligado á indemnizar al deudor en razón del perjuicio que le causa. Y este perjuicio no comprende solamente el valor de la cosa que él ha hecho perecer. Cuando el deudor tenía la elección, el daño comprende además el exceso de valor del objeto restante; porque si el acreedor no hubiera hecho perecer la cosa que tenía menos valor, el deudor habría podido pagárselo y guardar la que valía más. Por ejemplo, uno debía alternativamente á Stichus que valía diez ó á Pánfilo que valía veinte; el acreedor mata á Stichus y el deudor da en pago á Pánfilo. El acreedor deberá una indemnización de veinte, porque, sin su culpa, el deudor hubiera podido dar en pago á Stichus y conservar á Pánfilo de un valor de veinte (1). El acreedor está sometido por este motivo á la acción de la ley *Aquilia* (2). Sin embargo el deudor que tiene la elección, puede también tomar otro partido. En vez de dar en pago el objeto restante y de obrar por daños y perjuicios, como acaba de explicarse, le es facultativo considerarse como libre; él tenía en efecto el derecho de pagar su deuda ofreciendo la cosa que el acreedor ha hecho perecer y el acreedor no podía despojarlo de este derecho (3). Si las dos cosas debidas alternativamente perecen por la culpa del acreedor, el deudor queda libre y puede obrar por la acción Aquiliana en reparación del perjuicio que le ha causado el acreedor. El objeto de esta indemnización varía según que la elección pertenezca al deudor ó al acreedor. En la primera hipótesis, el deudor obtendrá la estimación de la cosa que tenía

(1) Véase adelante nota 3 de esta página. *Dig.* lib. 9, tit. 2, l. 55. Aunque Paulo no responde directamente á la última cuestión, entiende sin ninguna duda resolver en este sentido que el acreedor debe pagar 20,000, el precio de Pánfilo. El jurisconsulto supone que el acreedor ha matado á Stichus *ante moram*. Si estuviese en mora de recibir á Stichus, el deudor queda libre pura y simplemente; Stichus estaba al riesgo del acreedor como en una obligación de un cuerpo cierto. [*Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 105].

[2] *Dig.* lib. 9, tit. 2, l. 55.

(3) *Arg. Dig.* lib. 30, *de leg.* I, l. 47, § 3. Pero es esta una simple facultad

más valor, porque sin el hecho del acreedor, él hubiera podido guardar esta cosa y dar en pago la otra. En la segunda hipótesis, el acreedor debe el precio de la cosa que ha hecho perecer en primer lugar; tal era su obligación después de la primera pérdida y la segunda no ha tenido otro resultado que extinguir la deuda hecha pura y simple, sin afectar la obligación mencionada (1). Si el acreedor ha hecho perecer las dos cosas simultáneamente, es preciso admitir que ha perdido su crédito y debe dar en pago al deudor el valor de una ó de otra de las dos cosas á elección del deudor ó del acreedor, según que la elección pertenezca al primero ó al segundo (2).

(E). Si una de las cosas debidas alternativamente perece desde luego por culpa del acreedor y la otra después por accidente, basta recordar los derechos y las obligaciones de las partes después de la primera pérdida. La obligación alternativa se había limitado al objeto restante; por

---

para el deudor, y por consiguiente si toma el primer partido, el acreedor no es admitido á objetar la acción Aquiliana mencionada, diciendo que el deudor podía considerarse como libre y no pagar á Pánfilo de un valor de 20. El principio según el cual la obligación alternativa se hace una obligación pura y simple, cuando la culpa del acreedor produce la pérdida de una de las cosas debidas alternativamente, es muy controvertido en el caso en que la elección pertenece al acreedor. Unos defienden la idea poco natural de que el acreedor ha elegido la cosa que ha destruido y admiten la liberación del deudor. Otros enseñan que la obligación queda alternativa en el sentido que el acreedor podía reclamar, ya el objeto restante, indemnizando al deudor por el otro, ya la estimación de la cosa que ha hecho perecer. (Molitor, I, núm. 266, 1). En lo que concierne á esta última opinión, bastará hacer notar que el acreedor no tiene dicha opción en la hipótesis de la pérdida accidental de una de las cosas debidas alternativamente. Los dos sistemas no encuentran por lo demás ningún apoyo en nuestras fuentes. [Véase en nuestro sentido Vangerow, III, § 569, *Anm.* 2, núm. II, 30, y Maynz, II, § 191, A.

(1) Aquí igualmente se reproducen las dos opiniones que combatíamos en la nota precedente. Según unos, si el acreedor que tiene la elección ha hecho perecer sucesivamente las dos cosas, ha elegido aquella que ha destruido la primera y debe pagar el valor de la segunda. Según otros, conservaría la elección y podría pagar la estimación de la cosa que no eligió. [Molitor, I, núm. 226, 2]. Véase en nuestro sentido Maynz, II, 4-191, nota 27.

(2) Hasta aquí no se ha tratado sino de daños y perjuicios. Es necesario te-

su lado el acreedor debía la estimación de la cosa cuya pérdida había causado, y si la elección pertenecía al deudor, éste podía además reclamar el exceso de valor del objeto restante. Desde entonces, después de la pérdida accidental de la segunda cosa, el deudor queda libre y conserva el derecho de hacerse indemnizar como acabamos de decir; este derecho no ha podido serle arrebatado por el caso fortuito subsecuente (1). *¿Quid* si en sentido inverso, una de las cosas perece desde luego por accidente, y más tarde la culpa del acreedor trae la pérdida de la otra? Después de la primera pérdida, el deudor debía el objeto restante, salvo la facultad de ofrecer la estimación del otro, en el caso en que la elección le pertenecía. Luego, después de la segunda pérdida imputable al acreedor, queda libre; su obligación hecha ya pura y simple se extingue. Sin embargo, si tenia la elección, conserva la facultad adquirida después de la primera pérdida de presentar el valor de la cosa que

---

ner también en cuenta la pena establecida por la ley *Aquilia:* esta pena consistía en el exceso de valor que la cosa dañada podía tener en el año ó mes anteriores al delito. Hé aquí dos aplicaciones: Uno debía alternativamente el caballo A por valor de 1000 ó el caballo B por valor de 1500; habiendo este último contraído un defecto, su valor se redujo á 1000, y en el año después de tal defecto, fué muerto por el acreedor. Usando el deudor de su derecho da en pago el caballo A. ¿Qué obtendrá por la acción Aquiliana en razón de la muerte del caballo B? 1º A título de reparación pecuniaria, 1000 valor del caballo B en el momento de su muerte; 2º A título de pena, 500, exceso de valor del mismo caballo en el año anterior.

Uno debía á su elección el caballo A de un valor de 1000 ó el caballo B de 1500. El acreedor mató, en un intervalo de menos de un año, primero el caballo B y después el caballo A. Como lo hemos dicho, el deudor que tiene la elección, puede reclamar una indemnización de 1500 por el caballo. Pero es de notar además que si se remonta el año anterior á la muerte del caballo, éste valía también 1500. En efecto, él era entonces debido alternativamente con el caballo B de un valor de 1500, y el deudor podía libertarse de esta deuda de 1500, entregando el caballo A. Luego el acreedor deberá todavía 500 á título de pena por la muerte del caballo A. [*Arg. Dig.* lib. 9, tít. 2, l. 55 que se explicará después]. Vangerow, III, § 569, *Anm.* núm. I, 30.—Art. 1378 del C. C. del D. F. de México.

[1] *Dig.* lib. 24, tit. 1, l. 6 § 1.

ha perecido accidentalmente, y entonces podrá obrar por daños y perjuicios en razón de la cosa destruida por el acreedor (1).

§ 45.—*De las obligaciones facultativas.*

1º La obligación llamada facultativa es una obligación que tiene por objeto una sola cosa; pero con la facultad para el deudor de dar otra en pago; *una res est in obligatione, et altera in facultate solutionis* (2). La expresión de obligación facultativa es impropia; es de la esencia de una obligación implicar una necesidad jurídica; el epíteto de facultativa contradice pues á la palabra obligación. Así, en la

---

(1) *Dig.* lib. 9, tit. 2, l. 55. Al principio de esta ley, Paulo había admitido que si el acreedor mataba á Stichus que valía 10, debía desde luego estos 10 y además 10 por el exceso de valor de Pánfilo; en realidad Stichus valía 20 para el deudor, porque, gracias á Stichus, él podía guardar el valor de 20 representado por Pánfilo. Se pregunta ahora lo que sucede si por su lado Pánfilo muere accidentalmente. Cierto que el deudor quedará libre; pero ¿por este motivo el valor de 20 que tenía Stichus cuando fué muerto, sufrirá una diminución? No, Stichus continúa valiendo 20 como en el momento de su muerte. Muchos autores rehusan toda indemnización al deudor, en todos los casos (Mommsen, I, § 26, p. 317), ya al menos cuando la elección pertenecía al acreedor. (Molitor, I, núm. 226, 4º; Maynz, II, § 191, B, 6).

[2] Además, en virtud de la ley *Aquilia,* el deudor obtendrá á título de pena el exceso de valor que la cosa destruida por el acreedor tenía en el año ó mes anteriores al delito. Uno debia alternativamente, Stichus ó Pánfilo, cada uno de un valor de 20. Pánfilo murió. En cuanto á Stichus, contrajo un defecto que redujo su precio á 10, y en el año siguiente, fué muerto por el acreedor. No solamente el deudor quedará libre, sino que el acreedor le deberá una pena de 10. En efecto, si Stichus no hubiera hecho el objeto de una obligación, su propietario hubiera obtenido una indemnización de 10 y una pena de 10. En el caso, siendo debido Stichus á aquel que lo mató, el deudor será indemnizado por su liberación y reclamará la pena de 10.

Uno debia á su elección Stichus por valor de 10 ó Pánfilo por el de 20. Pánfilo murió de muerte natural y en el año siguiente el acreedor mató á Stichus. El deudor quedará libre y el acreedor le deberá todavia 10 á titulo de pena. En efecto, en el año antes de su muerte, Stichus valia 20 para el deudor; era entonces debido alternativamente con Pánfilo del valor de 20, y el deudor podia liberarse de esta deuda de 20, dando en pago á Stichus. [*Dig.* lib. 9, tit. 2, l. 55]. Vangerow, III, § 569, *Anm.* 2 núm. 1, II-30 B.

obligación llamada facultativa, no es la obligación la facultativa; es la dación en pago la que tiene este carácter; el deudor tiene la facultad de dar en pago otra cosa que la debida (1).

2º Esta facultad supone una convención especial ó una disposición especial de la ley, porque ella es eminentemente excepcional; en principio el deudor debe dar en pago la misma cosa debida; no puede obligar al acreedor á que acepte otra en pago. Habrá pues una obligación facultativa cuando yo prometo el caballo A, reservándome el derecho de dar en pago el caballo B, si lo juzgo conveniente. Hemos encontrado otras obligaciones facultativas convencionales en las teorías de la cláusula penal (2) y de la dación de arras (3). Por otra parte, en virtud de la ley, el tercero detentador de un bien hipotecado está obligado á restituirlo al acreedor hipotecario; pero puede librarse de esta obligación pagando la deuda hipotecaria (4). Aquel que ha comprado una cosa en menos de la mitád de su valor real, y que por este motivo está obligado á restituirla al vendedor, se sustrae á tal restitución pagando el suplemento del valor real (5). En fin, si un esclavo comete un delito privado, el tercero detentador del esclavo escapa á la obligación de pagar la pena y los daños y perjuicios debidos en razón del delito, haciendo el abandono del esclavo culpable (6).

3º El principio fundamental sobre la obligación facultativa es que ella no comprende sino una sola cosa; una cosa única es debida; la que el deudor tiene facultad de dar en pago en su lugar, no hace en manera alguna el objeto

(1) Véase antes § 6, I, 1.
(2) Véase antes § 27, I, 2.
(3) Véase antes § 29, I, 1.
(4) *Dig.* lib. 20, tit. 6, l. 12, § 1.
(5) *Cod.* lib. 4, tit. 44, l. 2. Véase adelante en esta obra § 110, 1º y § 116.
(6) *Dig.* lib. 42, tit. 1, l. 6 § 1. Véase adelante en esta obra § 214.

de la deuda (1). Por esto la obligación facultativa se separa de las obligaciones conjuntivas ó alternativas, las cuales comprenden varias cosas. Se sigue de aquí que la obligación facultativa, nula con respecto á la cosa debida, lo es para el todo; el acreedor no puede reclamar y el deudor no debe dar en pago sino la cosa que hace el objeto de la obligación; en fin, la pérdida accidental de esta cosa libra completamente al deudor; notablemente si la cosa vendida en menos de la mitad de su verdadero valor perece por accidente en poder del comprador, éste no debe ya nada al vendedor.

SECCIÓN IV. DE LAS OBLIGACIONES CIVILES Y DE LAS OBLIGACIONES NATURALES.

Massol, de la obligación natural y de la obligación moral en derecho romano y en derecho francés.

§ 46.—*Reglas generales.*

La obligación civil (*obligatio civilis*) es la que se funda sobre el derecho civil; á ella se aplica la definición: *Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei secundum nostræ civitatis jura* (2). La obligación natural (*obligatio naturalis*) es la que sólo se funda sobre el derecho de gentes; *is natura debet, quem jure gentium dare oportet* (3). La división de que se trata es pues el producto del antagonismo, tan frecuente en la legislación romana, entre el derecho civil y el derecho de gentes. Las obligaciones civiles son las del derecho civil; las obligaciones naturales son las del derecho de gentes.

[1] l. 6 § 1 cit.
[2] *Inst.* lib. 3, tit. 13.
[3] *Dig.* lib. 50 tit. 17, l. 84 § 1.

Pero, mientras que en las otras teorías la institución del *jus gentium* se ha confundido generalmente con la institución civil, en el dominio de las obligaciones la antítesis ha quedado en pleno vigor, y todavía bajo Justiniano las obligaciones naturales están sometidas á reglas propias y continúan difiriendo esencialmente de las obligaciones civiles. No quiere esto decir que el derecho de gentes no haya ejercido en el caso influencia alguna; ha hecho admitir como obligaciones civiles numerosas relaciones obligatorias que no eran al principio sino naturales (1); la esfera de las obligaciones civiles se ha agrandado pues, y así ha sucedido que, entre estas obligaciones, las unas están basadas exclusivamente sobre el derecho civil y las otras reposan á la vez sobre el derecho civil y el derecho de gentes; estas últimas, después de su adopción, se han despojado de su carácter primitivo de obligaciones naturales y nada las distingue ya de las obligaciones puramente civiles. La noción del derecho de gentes tiene un lazo íntimo con la del derecho natural; las instituciones reconocidas por todos los pueblos civilizados son casi siempre conformes á la razón. Si se tiene en cuenta este punto de vista, las obligaciones naturales se nos presentan como fundadas sobre la ley natural, la razón ó la equidad (2), aunque ellas no hayan si-

---

[1] *Dig.* lib. 1, tit. 1, 1-5.

[2] Esta idea aparece ya en las expresiones *obligatio naturalis.* (*Inst.* lib. 3, tit. 20, § 1; *Dig.* lib. 46, tit. 1, l. 8, § 3; l. 16, § 3; l. 21, § 2). *Natura debere* (*Dig.* lib. 50, tit. 17, l. 84, § 1; *Id.* lib. 16, tit. 2, l. 6; *Id.* lib. 46 tit. 3, l. 101 § 1) y otras análogas [*Dig.* lib. 35, tit. 1, l. 40, § 3; *Id.* lib. 12, tit. 6, l. l. 59 y 64] Pero ella es indicada directamente en muchos textos. Hablando de la obligación natural del dueño hácia su esclavo, Trifonino dice en el *Dig.* lib. 12, tit. 6, l. 64: *libertas naturali jure continetur et dominatio ex gentium jure introducta est.* Leemos en un pasaje de Papiniano (*Dig.* lib. 46, tit. 3, l. 95, § 4: *Naturalis obligatio.... justo pacto.... ipso jure tollitur, quod vinculum æquitatis, quod solo sustinebatur, conventionis æquitate dissolvitur.* La mayor parte de los autores modernos admiten que las obligaciones naturales de los romanos son relaciones obligatorias fundadas sobre el derecho de gentes ó el derecho natural. (Reinhardt, §§ 25 y 49; Savigny, I, §§ 5 y 7; Ortolán, III, núm. 1180; Maynz, II, § 193; Mo-

de reconocidas por la ley civil. Se distinguen pues por dos caracteres. De un lado son conformes á la razón ó á la equidad; ellas exigen que se les atribuya un valor jurídico. De otro lado, no son reconocidas de una manera plena y entera por la ley civil, y notablemente no producen jamás una acción; el derecho de demandar á un deudor ante los tribunales para obligarlo á pagar es un efecto civil de la obligación y por tanto no puede resultar sino de una obligación fundada sobre el derecho civil; una obligación desprovista de un fundamento civil es impotente para producir un efecto civil (1). Pero la acción es el único efecto que se ha rehusado absolutamente á la obligación natural. Ésta es susceptible de producir todos los demás efectos de la obligación, porque ninguno de ellos tiene un carácter puramente civil (2). No hay que concluir de aquí que una obligación natural cualquiera produzca todos estos efectos. Hay entre las obligaciones naturales grados diversos de poder; algunas son debilitadas y no dan lugar sino á ciertos efectos, á los que son menos enérgicos; aprenderemos á conocer estas obligaciones naturales debilitadas en el párrafo siguiente. Es pues imposible determinar de una manera general los efectos de las obligaciones naturales; es

---

litor, I, núms. 14 y 20, son el fondo de la misma opinión). Otro es el sistema de Holtius. Según él, la obligación natural exigiría en general las mismas condiciones que la obligación civil. Pero es forzado á reconocer que la incapacidad del deudor no era un obstáculo para la formación de una obligación natural, nosotros estableceremos más adelante [§ 47, I] la proposición controvertida de que el simple pacto, es decir, la convección de las partes no reconocida por el derecho civil constituía la fuente más importante de las obligaciones naturales.

(1) *Dig*. lib. 2, tit. 14, l. 7, § 4. La palabra *obligationem* equivale aquí á *actionem* [*Arg. Dig*. lib. 50, tit. 16, l. 10]. Teófilo, III, 20, § 1. Es porque el acreedor natural no tiene acción por lo que ciertos textos dicen que no es acreedor. *Dig*. lib. 50, tit. 16, l. 10; *Id*. lib. 44, tit. 7, l. 42, § 1 ó que la obligación natural no es una obligación (*Arg. Dig*. lib. 2, tit. 14, l. 7 § 4). Véase también la *Inst*. lib. 3, tit. 13.

(2) *Dig*. lib. 2, tit. 14, l. 7, § 4; *Id*. lib. 46, tit. 1, l. 16, §§ 3 y 4. Desde otro punto de vista nuestras fuentes representan la obligación natural como una verdadera obligación. (*Dig*. lib. 46, tit. 1, l. 16, § 4

preciso examinar cada caso particular (1). Los únicos efectos que se pueden considerar como esenciales, son las ventajas más débiles de la obligación natural (2). Véamos ahora cuáles son los diferentes efectos que las obligaciones naturales son capaces de producir.

1º Ante todo, la obligación natural puede producir una excepción; es su efecto capital; así se ha definido la obligación natural aquella que produce una excepción; pero no una acción [3]. El acreedor natural que opone una excepción á su deudor, no hace sino pedir el mantenimiento del *statu quo;* se limita á defenderse; ahora bien la ley natural justifica esta defensa. La excepción mencionada es útil al acreedor natural desde varios puntos de vista. En primer lugar, el deudor natural que ha ejecutado su obligación, no es admitido á repetir lo que ha pagado; su *condictio indebiti* sería rechazada por vía de excepción, porque él ha pagado una cosa debida, un *debitum,* lo que excluye la *condictio indebiti* (4). Esta exclusión no tenía necesidad de ser pronunciada en el caso en que el deudor sabía que no estaba obligado sino naturalmente; porque aun cuando alguno paga lo que sabe no deber en manera alguna, no puede repetir; se presume que ha querido hacer una liberalidad (5). El verdadero alcance de la regla enunciada es pues que el deudor natural que ha creído estar obligado civilmente, no puede repetir lo que ha pagado (6). Pero es

(1) Savigny, I, § 12, p. 100 y 106.

(2) El efecto más enérgico de la obligación natural es la excepción que pertenece al acreedor natural y que le permite notablemente rechazar la *condictio indebiti*. Veremos en el § 47 que muchas obligaciones naturales están desprovistas de ese efecto. Es pues, inexacto sostener que la obligación natural tenga por efecto esencial impedir la repetición de lo que ha sido, pagado en ejecución de esta obligación. [Maynz, II, § 193, p. 124].

(3) *Dig.* ilb. 2, tit. 14, l. 7, § 4; *Id.* lib. 46, tit. 3, l. 94, § 3.

[4] *Dig.* lib. 12, tit. 6, l. l. 13, 19, 32, § 2 y l. l. 51 y 64; *Id.* lib. 14, tit. 6, l. 9, §§ 4 y 5 y l. 10.

[5] *Dig.* lib. 12, tit. 6, l. 1, § 1; *Id.* lib. 50, tit. 17, l. 53.

[6] *Dig.* lib. 12, tit. 6, l. 26, § 12, y l. 64.

preciso siempre que él haya creído ejecutar la obligación de que se trata y no otra cuya existencia había admitido falsamente (1). En segundo lugar, cuando el acreedor natural se hace por su parte deudor civil de la misma persona, y es demandado en la última calidad, tiene la facultad de oponer en compensación su crédito natural; aquí todavía se prevale de él por vía de excepción. A debe naturalmente 1000 á B; adquiere contra él un crédito civil de 1000; si demanda á B en pago de estos 1000, será rechazado por la compensación (2). En tercer lugar, y fuera de un pago hecho por el deudor, la obligación natural, como la obligación civil, justifica un derecho de retención de parte del acreedor natural, si existe una relación de conexidad entre su crédito natural y la cosa que quiere retener. Poseedor de buena fe de la cosa de otro, yo hago en ella gastos útiles. El propietario tiene la obligación natural de reembolsarme estos gastos hasta la concurrencia del exceso de valor que ellos han procurado á la cosa, porque, en este límite, él se enriquece á mis expensas. Si él reivindica contra mí, yo puedo retener la cosa hasta que me haya pagado; existe una conexidad entre mi crédito natural y la cosa que yo quiero retener; mi crédito natural resulta precisamente de los gastos hechos en la cosa (3).

2º La obligación natural puede ser garantizada por una caución [4] ó por una hipoteca (5). Puede también ser re-

[1] *Arg. Dig.* lib. 14, tit. 6, l. 20.

[2] *Dig.* lib. 16, tit. 2, l. 6.

[3] *Dig.* lib. 12, tit. 6, l. 51. Del mismo modo, el jefe de familia hecho acreedor natural de sus esclavos ó hijos sujetos á su potestad, cuando es demandado por la *actio de peculio*, puede deducir del peculio el monto de su crédito natural contra el esclavo ó hijo [*Dig.* lib. 15, tit. 1, l. 9, § 2; *Id.* lib. 12, tit. 6, l. 38, § 1]. Recíprocamente, el jefe de familia hecho deudor natural de su esclavo ó de su hijo, debe tomar en cuenta esta deuda (l. 38, § 2).

[4] *Inst.* lib. 3, tit. 20, § 1; *Dig.* lib. 46, tit. 1, l. 6, § 2, l. 7, l. 16, § 3; *Id.* lib. 13, tit. 5, l. 1, § 7.

(5) *Dig.* lib. 20, tit. 1, l. 5; *Id.* lib. 12, tit. 6, l. 13.

conocida como obligación civil por la vía del constituto (1) ó bien ser renovada por una tal obligación [2]. Y el mismo deudor natural puede, así como un tercero, prestar la hipoteca (3), hacer el constituto (4) ó la novación (5). Estos diferentes medios por los cuales se fortifica la obligación natural, producen por lo demás los mismos efectos que si fuesen aplicados á una obligación civil, y sobre todo resulta de ellos una acción. El fiador de una obligación natural está sometido á la *actio ex stipulato*, aunque el deudor principal no pueda ser demandado ante los tribunales (6). De la misma manera, el acreedor natural que ha recibido una hipoteca, dispone de la acción hipotecaria, á pesar de la ausencia de una acción personal contra el deudor. La última proposición se justifica ya por la analogía de la fianza. No se puede objetar que, siendo la hipoteca un accesorio de la obligación principal, debe participar de la naturaleza de ésta; se puede solamente concluir del carácter accesorio de la hipoteca que ella exige una obligación principal, y de ninguna manera que debe tener la misma naturaleza; ésta es muy diferente. Poco importa también que el acreedor natural no pueda ceder á los terceros detentadores de la cosa hipotecada una acción personal contra el deudor; no es este un motivo para despojarle de su acción hipotecaria; él se aprovechará de la regla que á lo imposible nadie está obligado, y por no tener un cré-

---

(1) *Dig*. lib. 13, tit. 5, l. 1, § 7.

(2) *Dig*. lib. 46, tit. 2, l. 1, § I; *Id*. lib. 39, tit. 5, l. 19, § 4. La nueva obligación puede ella misma no ser sino natural *Dig*. lib. 46, tit. 2, l. 1, § 1; *Inst*. lib. 3, tit. 29, § 3. Pero es preciso que las partes hayan querido novar la obligación natural; la novación sería nula si el deudor natural hubiera tenido en mira otra deuda (*Dig*. lib. 14, tit. 6, l. 20).

(3) *Dig*. lib. 12, tit. 6, l. 13.

(4) *Arg*. *Dig*. lib. 13, tit. 5, l. 1, § 7.

(5) *Dig*. lib. 39, tit. 5, l. 19, § 4.

(6) *Dig*. lib. 46, tit. 1, l. 60; Teófilo, I, 3, 20, § 1. Véase antes § 32, 26.

dito civil, podrá limitarse á ceder un crédito natural (1). Sin embargo algunos intérpretes del derecho romano niegan la acción hipotecaria al acreedor natural y no le acuerdan sino un simple derecho de retención sobre la cosa hipotecada, si tiene su posesión (2).

Siendo tales los múltiples efectos que la obligación natural es capaz de producir, ella no tiene nada de común, ni con la obligación inexistente ó nula de pleno derecho

---

(1) *Arg. Dig.* lib. 20, tit :, l. 14, § 1; *Cod.*, lib. 8, tit. 30, l. 2 é *Id.* lib. 10, tit. 8, l. 2. La primera ley establece el principio de que si la obligación hipotecaria se hace natural la hipoteca subsiste; la hipoteca no es pues afectada por la trasformación de la obligación principal en simple obligación natural, es decir que la acción hipotecaria subsiste. La segunda ley reconoce también la persistencia de la hipoteca después de que el acreedor ha perdido su acción personal. La tercera se ocupa de los intereses prometidos bajo la garantía de una hipoteca; pero por un simple pacto agregado á un *mutuum*. La obligación de pagar los intereses era simplemente natural, y sin embargo la constitución decide que los intereses deben ser pagados. Esta decisión implica que el acreedor dispone de una acción, que no puede ser sino la acción hipotecaria.

(2) Se nos opone el *Cod.* lib. 4, tit. 32, l. 4 y l. 22. Un deudor había prometido intereses por simple pacto y había dado una hipoteca; ésta no garantizaba pues sino una obligación natural. El capital fué reembolsado y el deudor quiso forzar al acreedor que poseia los bienes hipotecados á hacer su restitución. Los dos rescriptos mencionados deciden que el acreedor puede ejercer un derecho de retención por causa de los intereses. Se concluyó que no tiene sino este derecho y no el de demandar los bienes hipotecados. El argumento *contrario* no tiene valor, sobre todo cuando se considera que se trata de rescriptos dados *pro subjecta materia*. Véase en nuestro sentido Molitor, I, núm 21; Savigny, V, § 250, p. 390 y *Obligationem* I, § 8-60. Al conjunto de los efectos de la obligación natural, se refiere el *Dig.* lib. 46, tit. 1, lib. 16, § 4. La primera parte de este pasaje es reproducida por Ulpiano en el *Dig.* lib. 44, tit. 7, l. 10. En nuestra opinión Juliano quiere decir que las obligaciones naturales son útiles desde luego si el acreedor natural dispone de una acción, por ejemplo contra los fiadores de los cuales Juliano se ocupa en el § 3 de la ley 16 citada; después porque el deudor natural no puede repetir. Véase en este sentido Maynz, II, § 193, nota 10. Según otra interpretación, Juliano querria decir que existen dos especies de obligaciones naturales, las unas fundadas sobre el derecho de gentes, pero escidadas de una acción por el derecho civil, las otras basadas exclusivamente sobre el derecho de gentes desprovistas de acción. Los términos *si* y *cum* de que se sirve Juliano, probarian que entiende hablar de casos diferentes de una sola y misma obligación [Savigny, I, § 7, p. 39 y 41]. Pero acabamos de ver que las palabras *si* y *cum* se explican perfectamente cuando se las refiere á ios diferentes efectos de la obligación natural propiamente dicha,

(*obligatio ipso jure nulla vel reprobata*) como las deudas resultantes de juego ó de convenciones usurarias; ni con la obligación ineficaz (*obligatio inanis vel inefficax*) en razón de excepciones perentorias, tales como la *exceptio doli*, la *exceptio quod metus causa* y la *exceptio Senatus Consulti Velellani*. Estas obligaciones están desprovistas de todo efecto jurídico (1) y no constituyen verdaderas obligaciones (2).

§ 47.—*De las diversas obligaciones naturales.*

Conforme á lo que hemos dicho antes (3), es necesario admitir una obligación natural, siempre que una relación de la vida social es obligatoria desde el punto de vista del derecho de gentes ó del derecho natural, sin haber sido reconocida de una manera plena y entera por la ley civil.

I. Ante todo se presentan las obligaciones naturales que nacen de simples pactos. Hasta en el último estado del derecho romano, la simple convención de las partes no es en general civilmente obligatoria; ella no procura ninguna acción al estipulante. Las únicas convenciones que producen efectos civiles son aquellas que han sido especialmente reconocidas por el derecho romano y han adquirido así, en cierta manera, el derecho de ciudad romana. Fuera de estas especies determinadas, no hay sino simples pactos, desprovistos de acción (4); pero resulta de ellos al menos una obligación natural y constituyen la fuente más importante de las obligaciones naturales del derecho romano, porque en principio toda convención es un *nudum pactum*. Sin embargo, esta solución es vivamente controvertida y

[1] *Dig.* lib. 12, tit. 6, lib. 26, § 3, l. 54; *Id.* lib. 13, tit. 5, l. 3, § 1; *Id.* lib. 13, tit. 7, l. 11, § 3; *Id.* lib. 46, tit. 1, l. l. 29 y 70, §§ 4 y 5.

[2] *Dig.* lib. 40, tit. 12, l. 20, § 3.

[3] § 46 al principio.

[4] Paulo, II, 14, § 1; *Dig.* lib. 2, tit. 14, l. 7, § 4 y l. 45.

una escuela numerosa enseña que el simple pacto no crea obligación natural. Nuestros motivos son los siguientes: La obligación natural es la que se funda en el derecho de gentes ó natural; ahora bien, ¿qué de más conforme al *jus gentium* ó á la equidad natural que la fuerza obligatoria de la convención libre de las partes? La forma de la estipulación era puramente nacional, desconocida del derecho de gentes y de la ley natural. Es lo que reconocen los Romanos de una manera explícita (1). Además, el simple pacto produce el efecto más enérgico de la obligación natural, á saber una excepción (2). En fin, nuestra opinión está formalmente consagrada en un caso particular de una grande importancia; la simple convención de intereses crea, según nuestras fuentes, una obligación natural (3); el deudor que paga los intereses así prometidos, no puede repetirlos (4), y pueden ser garantizados por una hipoteca (5). En sentido contrario, se hace valer la consideración de que cuando las partes han descuidado emplear la forma de la estipulación, hay duda sobre si ellas han tenido la intención seria de contratar, y esta duda debe excluir la obligación natural, lo mismo que la obligación civil. Si tal duda existe en efecto, no habrá consentimiento real y por tanto pacto (6). Pero esta duda no se presume; hay necesidad de establecerla; siempre que un consentimiento ha sido dado, debe reputarse serio hasta la prueba contraria. Se objeta también que la convención relativa á un contrato real innominado constituye un simple pacto y que, sin embargo, si una de las partes ejecuta este pacto, puede repetir por la *condictio causa data causa non*

(1) *Dic.* lib. 2, tít. 14, l. 1. *Id.* lib. 46, tít. 3, l. 95, § 4. *Id.* lib. 50, tít. 17, l. 84, § 1.

(2) *Dig.* lib, 2, tít. 14, l, 7, § 4.

(3) *Dig.* lib. 46, tít. 3, l. 5, § 2.

(4) L. 5, § 2 *cit.*; *Cód.* lib. 4, tít. 32, l. 3.

(5) *Dig.* lib. 13, tít. 7, l. 11, § 3; *Cód.* lib. 4, tít. 32, l. 4 y 22.

(6) *Dig.* lib 45, tít. 1, l. 1, § 2; *Id.* lib, 44, tít. 7, l. 3, § 2 y l. 54.

secuta lo que ha pagado, lo cual sería incompatible con la existencia de una obligación natural. Pero no admitimos que en el caso indicado el pagador pueda repetir por su sola voluntad, *ex mera paenitentia;* no lo puede sino por causa de la inejecución de la parte adversa, como consecuencia de la rescisión de la convención (1).

Por lo demás, la obligación natural resultante del simple pacto, produce todos los efectos de que son susceptibles las obligaciones naturales en general [2].

II.—Otra fuente importante de las obligaciones naturales es la incapacidad del sugeto.

1º.—Según el derecho positivo de Roma, no siendo personas los esclavos, no podían ser civilmente deudores ó acreedores, ni respecto de su dueño [3], ni respecto de terceros [4]. Sólo sus delitos los obligaban civilmente hacia terceros [5]. Por otra parte, estos delitos sometían á su dueño á la acción noxal (6), y las convenciones que los esclavos concluían con terceros, procuraban una obligación civil á su dueño (7) ó bien lo obligaban á la *actio de peculio* (8). Ni aun la manumisión del esclavo lo hacía deudor ó acreedor civil (9). Pero, si no en virtud del derecho de gentes, al menos según

---

(1) Véase adelante en esta obra, 101—1ª En nuestro sentido Molitor, I, núm. 22; Savigni, I, § 9. A, p. 53 á 59; Demangeat, II, p. 455 á 475, Maynz, II, § 193—2 y Namur, I, § 212, 6—2º; *contra*: Ilhering, I § 11; nota 45—Arts. 1279 inciso IV, 1322 y 1323 del Cod. Civ. del D. F. de México.

(2) Véase las notas núms. 4 y 5 de la pag. 241.

(3) *Inst.* lib, 3, tít. 19, § 6; *Arg. Dig.* lib. 47, tít. 2, l. 16.

(4) *Inst.* lib. 3, tít. 19, § 6; *Dig.* lib, 44, tít. 7, l. 14; *Id.* lib. 50, tít. 17, l. 22 y 107.

(5) *Dig.* lib 44. tít. 7, l. 14.

(6) *Inst.* lib. 4, tít. 8.

(7) *Inst.* lib. 3, tít. 28.

8) *Inst.* lib. 4, tít. 7 §

(9) Paulo, II, 13, § 9; *Cód.* lib. 4, tít. 14, l. l. 1-2 y 5.

el derecho natural, todo hombre es persona (1) y bajo este título capaz de figurar en una obligación. Por esto se admitía una obligación natural en provecho ó á cargo del esclavo (2). Y esta obligación natural produce, después que el esclavo ha adquirido la libertad, todos los efectos anejos á las obligaciones naturales en general (3).

2º.—Una obligación civil era también imposible entre personas unidas por el poder paterno, entre el padre de familia y su hijo, y entre dos hermanos sometidos al mismo poder. En la familia Romana reinaba la unidad de persona; se presumía que el Jefe de familia y sus hijos no formaban sino una sola persona (4). Ahora bien, nadie podía encontrarse en una relación obligatoria consigo mismo (5). El padre y los hijos sujetos á su poder, no se hacían tampoco deudores ó acreedores civiles después de la disolución del poder paterno (6). Cesaba la regla solamente con su motivo para los contratos concluidos sobre los peculios castrense ó cuasi castrense (7); en cuanto á estos peculios, se reputaba que el hijo formaba una persona propia, como si hubiera sido padre de familias (8). Pero la unidad de persona entre el padre y los hijos sujetos á su potestad era una ficción del derecho civil; era extraña al derecho de gentes, y por tanto se reconocía en el caso la existencia de una obligación natural

---

(1) *Inst.* lib. 1, tít. 2, § 2; *Dig.* lib. 50, tít. 17, l. 32.

(2) *Dig.* lib. 44, tít. 7, l. 14; *Id.* lib. 12, tít. 6, l. 64; *Id.* lib. 35, tít. 1, l. 40, § 3; *Inst.* lib. 3, tít. 20, § 1.

(3) *Dig.* lib. 12, tít 6, l. 64; *Id.* lib 44. tít. 7, l. 14; *Id.* lib. 40, tít. 7, l. 20, § 2; *Inst.* lib. 3, tít. 20, § 1; *Dig.* lib. 39, tít 5, l. 19, § 4; *Id.* lib. 12, tít. 6, l. 13; *Inst* lib. 3, tít. 29, § 3.

(4) *Cód.* lib. 6, tít. 26, l. 11, § 1; Arg. *Inst.* lib. 3, tít. 19, § 4; *Dig.* lib. 47, tít. 2, l. 16.

(5) *Inst.* lib. 3, tít. 19, § 6; *Dig.* lib. 5, tít. 1, l. l. 4 y 11; *Dig.* lib. 18, tít. 1, l. 2; *Id.* lib. 41, tít. 6, l 1, § 1; *Id.* lib. 47, tít. 2, l. 16.

[6] *Dig.* lib. 12, tít. 6, l. 38, § 1 y 2.

[7] *Dig.* lib. 5, tít. 1, l. 4, *Id.* lib. 18, tít. 1, l. 2.

[8] *Dig.* lib. 14, tít. 6, l. 2. Art. 377 del Cod. civ. del D. F. de México.

(1), que gozaba inmediatamente de toda la eficacia de las obligaciones naturales (2).

3º.—Según el derecho civil, el pupilo es solamente capaz de estipular, si es de edad de siete años. Cualquiera que sea su edad, es incapaz de obligarse por contrato sin la autorización de su tutor; se presume que su voluntad no está suficientemente ilustrada y por tanto es de temer una lesión; su incapacidad civil lo proteje contra una lesión posible (3). El motivo de esta incapacidad no existe en los límites de la utilidad que el pupilo ha obtenido de la convención; aquí, lejos de haber sufrido una pérdida, se ha enriquecido á expensas de otro, lo cual no es permitido á nadie (4); por esto él está civilmente obligado á restituir la utilidad que la convención le ha proporcionado en el momento de la *litis contestatio* (*im quantum locupletior factus est*) (5). La incapacidad de obligarse que se refiere al impúber, salvo el caso de enriquecimiento, es conforme al derecho de gentes ó natural (6). Así, en principio, el impúber no está obligado ni naturalmente (7). Es admitido á repetir lo que ha pagado en ejecución del contrato (8), y éste puede todavía menos servir de base á la compensación (9) ó á un derecho de retención. Así

---

[1] *Dig.* lib. 12, tít. 6, l. 38, § 1 y 2.

[2] L. 28, § 1 y 2 cit.; *Dig.* lib. 46, tít. 1, l. 56, § 1—Véase sin embargo l. 56, § 1

(3) *Inst.* lib. 1, tít. 21; *Id.* lib. 3, tít. 19, § 8–9 y 10; *Dig.* lib. 26, tít. 8, l. 9; *Id* lib, 44, tít. 7, l. 43. Arts. 420—421—424—1279 fr. I y 1282 del Cod. civ. del D. F. de México.

(4) *Dig.* lib. 12. tít 6, l 14; *Id.* lib. 50, tít. 17, l. 206—Arts. 1539—1680 y 1682 del Cód. civ, del D. F. de México.

(5) *Dig.* lib. 13, tít. 6, l. 3: *Id.* lib. 26, tít. 8, l. 5; *Id*, lib. 3, tít, 5, l. 3. § 4; *Id.* lib. 13, tít. 6, l, 3.

(6) Gayo, I—189.

(7) *Dig.* lib. 44, tít. 7, l. 58; *Id.* lib. 12, tít. 6, l, 41.

(8) L. 41 cit.—Arts. 1527 y 1528 del Cod. civ. del D. F. de México,

(9) Arg. *Dig.* lib. 2, tít. 14 l. 28. Arts. 1573 y 1575 del Cod. civ. del D. F. de México.

caen los efectos más poderosos de las obligaciones naturales. Si el impúber que ha contratado solo, tiene menos de siete años, no puede ni aún hablarse de atribuir un efecto cualquiera al contrato, puesto que es inexistente por haber sido concluido con una persona desprovista de voluntad: *infans uullum negotium gerere potest, quia non intelligit qued agit* (1). Pero, cuando el pupilo es de edad de siete años, tiene una voluntad; la convención que ha concluido con el tercero sin la autorización del tutor, tiene, pues, una existencia jurídica (2). Solamente que está herida de ineficacia y no lo está sino en favor del pupilo; el contratante no puede prevalerse de la ineficacia, puesto que á su respecto la convención no encierra ningún vicio (3). Teniendo una existencia legal la convención concluida por el impúber, nada impide á éste confirmarla (4), ya expresa, ya tácitamente (5), con tal de que lo haga de una manera regular, es decir, después de haberse hecho capaz (6), ó bien, durante su incapacidad, con la autorización de su tutor (7) ó el consentimiento de su curador. Bajo esta condición, hay confirmación tácita de la convención cuando el pupilo la ejecuta voluntariamente, con pleno conocimiento de causa; el pago hecho así, no está, pues, sujeto á repetición (8). Del mismo modo, existiendo

(1) *Inst.* lib. 3, tít. 19, § 10.

(2) Arg *Inst* lib. 1, tít. 21; *Dig.* lib. 19. tít. 1, l. 13, § 29.

(3) Textos citados en la nota anterior.—Arts. 424 y 1675 del Cód. civ. del D. F. de México.

(4) *Cód.* lib. 2, tít. 45, l l. 1 y 2—Arts. 1677 y 1678 del Cód. civ, del D. F. de Mexico.

(5) *Cód.* lib 5, tít. 74, l. 3.

(6) Textos citados en las notas precedentes.

(7) Arg. *Dig.* lib 18, tít 5, l 7, § 1 é *Id* lib. 39, tít. 5, l. 19, § 4—Art. 421 del Cód. civ. del D. F. de México.

(8) *Dig.* lib. 12, tít. 6, l. 13 § 1—Arg. *Dig.* lib. 36, tít. 2, l. 25, § 1; *Id* lib. 35, tít. 2, l. 21 é *Id.* lib. 46, tít. 3, l. 44; *Id.* lib 36, tít. 1, l. 66; *Id.* lib 12, tít. 6, l. 41—Arts. 1677 y 1678 dei Cód. civ. del D. F. de México.

legalmente la convención concluida por el pupilo, la obligación que de ella resulta puede ser garantizada por una caución (1) ó una hipoteca (2); es también susceptible de ser reconocida como obligación civil, por el medio del constituto (3) ó de hacerse el objeto de una novación (4). Y el pupilo mismo puede válidamente prestar la hipoteca, hacer el constituto (5) ó la novación (6), si se ha hecho capaz ó si obra con la autorización de su tutor ó el consentimiento de su curador. Estos son los efectos más débiles de la obligación natural y en este sentido limitado se puede decir que el pupilo se obliga naturalmente (7). En resumen, el pupilo de edad de siete años, cuando se obliga sin la autorización de su tutor, está obligado naturalmente; pero no puede dañarle la convención como tal; no podría dañar sino á terceros; el estipulante no adquiere verdaderos derechos contra el impúber á no ser que éste concluya regularmente una segunda convención sobre el mismo objeto (8). No existía ningún motivo de rechazar una obligación natural así limitada; la razón y la equidad aún exijían admitirla. Nada es más controvertido que la cuestión sobre sí y hasta qué punto el pupilo se obliga naturalmente por los contratos que concluye sin la autorización de su tutor. Unos niegan completamente la

---

[1] *Dig* lib. 46, tít. 1, l. l. 2 y 25; *Id.* lib. 45, tít. 1, l. 127; *Id.* lib. 46, tít. 3, l. 95, § 4—Respeto del fiador: *Dig.* lib. 45, tít 1, l. 6; *Id.* lib 46, tít. 1, l. 25—Arts. 424-1674-1705 y 1724 del Cód. civ. del D. F. de México.

[2] Arg de los textos citados al principio de la nota anterior-Art. 1925 fr. I. del Cód. civ. del D. F. de México.

[3] Arg. *Dig.* lib. 18, tít. 5, l. 7 § 1 é *Id.* lib. 39 tít. 5, l. 19 § 4.

[4] Arg. *Dig.* lib. 46 tít. 2, l 1, § 1—Art. 1618 del Cód. civ. del D. F. de México.

[5] Arg. de los textos citados en la nota 3 de esta página.

[6] Arg. de los textos citados en la nota 4 de esta página.

[7] Leyes numerosas lo afirman: *Dig.* lib. 12, tít. 2, l. 42; *Id.* lib. 35. tít. 2, lib. 21 ect. etc.

(8) Winescheid, II § 289.

existencia de una obligación natural (1). Otros, al contrario, admiten esta obligación con efectos plenos (2). Otros todavía no reconocen á cargo del pupilo sino una obligación natural limitada (3). Esta última opinión nos parece la única verdadera (4).

4º.—El pródigo y el débil de espíritu, constituidos en interdicción, son capaces de estipular; pero incapaces de obligarse civilmente (5), en el mismo sentido que el impúber. Pero están al menos obligados naturalmente, como el impúber y con los mismos efectos. Todas las consideraciones que hemos hecho valer para el pupilo, se aplican plenamente al pródigo y al débil de espíritu interdictos; no sería lógico rechazar para éstos la obligación natural admitida para el impúber ó atribuirle otra eficacia (6).

Por el contrario, es preciso rechazar toda obligación natural, en lo que concierne á las personas en estado de enagenación mental. En efecto, según la ley natural, como en virtud de la ley civil, el insensato es absolutamente incapaz de obligarse, siempre que la obligación requiera de su parte una manifestación de voluntad, porque no tiene voluntad: *furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit quod agit* (7). La obligación que él contrae es inexistente; es una nada jurídica, y desde entonces no se comprende que ella valga como obligación natural, no más que la del impúber de menos de siete años (8). Sin duda el enagenado

---

(1) Puchta, *Pand.* § 237.

(2) Savigny, I, § 10. Denrangeat, I, p. 381 á 383 y II, p. 455. Maynz, II, § 193 y III, § 346.

(3) Ghick, IV, § 78—Molitor, I, nums; 23 y 24.

(4) *Dig.* lib. 3, tit. 5, l. 3, § 4; *Id.* lib. 29, tit. 2, l. 8; Gayo, III—91, *Dig.* lib. 3, tít. 5, l, 3. § 4; *Id.* lib. 18, tít. 5, l. 7. § 1,

(5) *Dig* lib. 45, tit. 1 l. 6; *Id.* lib. 46 tit. 2, l. 3; *Id.* lib. 29, tit. 2, l, 2 y 5, § 1.

(6) *Dig* lib. 46 tit. 1, l. 25; *Id* lib. 45, tit. 1, l. 6,

(7) *Inst.* lib. 3. tit. 19, § 8; *Dig.* lib. 44, tit. 7, l. 1, § 12 y l 43; *Id.* lib. 9. tit. 2, l 5, § 2. Arts 404—420—424 del Cod. civ. del D. F. de México.

(8) Arg. *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 6 é *Id* lib. 46, tit. 1, l. 70, § 4. art. 1279 frs. I y II del Cod. Civ. del D. F. de México.

es capaz de encontrarse gravado de una obligación que se forma de pleno derecho, fuera de su voluntad, *si ex re actio venit*; puede particularmente estar obligado por la gestión de negocios de un tercero (1) y es capaz bajo todos respectos durante un intervalo lúcido (2). Pero, en uno y otro caso, está obligado civilmente, porque no existe el motivo de su incapacidad ó sea la ausencia de voluntad (3).

Del mismo modo la incapacidad de contratar por estipulación que afectaba á los sordos y á los mudos (4), no dejaba subsistir ninguna obligación natural (5).

III.—Una causa muy frecuente de las obligaciones naturales es el enriquecimiento injusto á expensas de otro. Siempre que el derecho positivo rehusa reconocer una obligación civil, y gracias á esta circunstancia é independientemente de cualquiera otra causa legítima, una persona se enriquece á expensas de un tercero, la equidad exige que ella tenga la obligación natural de restituir aquello en que se ha enriquecido. *Jure naturae aequum est*, dice Ponponio, *neminen cuum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem* (6). Los intérpretes del Derecho Romano no mencionan de una manera especial esta fuente de las obligaciones naturales. No nos parece sin embargo cuestionable, y nos permite referir á un principio general numerosos casos de obligaciones naturales, de las cuales difícilmente podemos darnos cuenta, si falta

(1) *Dig.* lib. 3, tit. 5, l. 3, § 3.

(2) *Cod.* lib. 4, tit. 38, l. 2.

(3) Luego su fiador está obligado (*Dig.* lib. 46, tit. 1, l. 70, § 4—La l. 25 *cod.* que declara que el fiador de un loco está obligado hacia el acreedor, debe limitarse á los casos particulares indicados antes, porque de otra manera estaría en contradicción con el *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 6 y sobre todo con el *Dig.* lib. 46, tit. 1. l. 70, § 4. Arts. 424 y 1724 del Cod. civ. del D, F. de México.

(4) *Inst.* lib. 3, tít. 19, § 7—Art. 404 fr. III del Cod. civil del D. F. de México.

(5) Arg. *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 1, § 2

(6) *Dig* lib. 50, tít. 17, l. 206; *Id.* lib. 12, tít. 6, l. 14.

ese principio. Partiendo de la idea mencionada, el derecho romano ha reconocido las obligaciones naturales siguientes:

1.—El hijo sujeto á patria potestad que toma dinero prestado, tiene obligación natural de restituirlo al prestamista, aunque la acción de éste pueda ser rechazada por la *exceptio senatus consulti Macedoniani* (1); en efecto, el hijo de familia se enriqueció con el capital de otro. Nuestras fuentes expresan la misma idea cuando dicen que la excepción del Senado Consulto Macedoniano ha sido introducida en odio del acreedor (*in odium creditoris*), más bien que en favor del deudor (2), No se podía decir otro tanto de la mujer que intercedía por un tercero en contra del Senado Consulto Veleyano, porque ella no quedaba ligada naturalmente por su intercesión (3).

2.—El deudor de cosas fungibles tiene la obligación natural de pagar los intereses, porque gozando gratuitamente del capital de otro, se enriquece con los intereses de este capital. Sobre el principio de esta obligación natural, se funda la anticresis tácita; el acreedor que recibe en prenda una cosa fructífera, en seguridad de un capital no productivo de intereses, puede retener los frutos hasta la concurrencia de la tasa legal del interés (4). Muchos autores son de opinión contraria (5).

3.—El propietario de una cosa está obligado naturalmente á reembolsar los gastos útiles hechos de buena fe en su cosa, hasta la concurrencia del exceso de valor que ellos le han proporcionado, aunque la ley positiva rehusa reconocer una

---

(1) *Dig.* lib. 14, tít. 6, l. 10.

(2) *Dig.* lib. 12, tít. 6, l. 40; *Id.* lib. 14, tít. 6, l. 9, § 4. Arts. 1539—1680 y 1682 del Cod. civ. del D. F. de México.

(3) *Dig.* lib. 12, tít. 6, l. 40. Art. 1704 del Cod. civ. del D. F. de México.

(4) *Dig.* lib. 12, tít. 6, l 26; *Id.* lib. 20, tít. 2; Véase á Senéca, *Epist.* 81. Art. 1810 del Cod. civ. del D. F. de México.

(5) *Cod.* lila 4, tít. 32, l. 18; Paulo, II, 14, § 2; *Dig.* lib. 12, tít. 6, l. 26.

obligación civil (1). En efecto, en el límite indicado, aquel se enriquece á expensas de otro. De allí, en el caso de accesión, la obligación natural del dueño de la cosa principal de pagar el valor de la cosa accesoria al dueño de ésta, que de buena fe ha hecho la combinación de ambas cosas y que sin embargo no tiene acción (2). De allí también para el propietario de una cosa la obligación natural de pagar el valor de su trabajo á aquel que de buena fe la ha modelado de una manera cualquiera; pero por su cuenta personal y sin que la cosa modelada haya sido adquirida por él en virtud de la especificación (3).

4.—La prescripción extintiva de una deuda deja subsistir una obligación natural. En apoyo de esta doctrina muy controvertida, invocamos desde luego el enriquecimiento del deudor en virtud de una regla de mero derecho positivo; la equidad quiere que él quede obligado naturalmente. Después, el fundamento esencial de la prescripción extintiva de los derechos es la negligencia observada en la demanda del derecho mismo, en cuanto al ejercicio de la acción contra el tercero que lesiona ese derecho; desde entonces la prescripción no debe extinguir sino la acción y no el derecho mismo. Tal es la regla incontestablemente admitida en Roma para los derechos de la personalidad y la generalidad de los derechos reales, sobre todo para la propiedad. Después de treinta años de inacción, el propietario de una cosa pierde su acción revindicatoria contra el tercero poseedor de la cosa y sus sucesores universales ó particulares; pero su propiedad subsiste (4). Es preciso decir otro tanto de la

---

(1) *Dig*. lib. 6, tít. 1, l. 48.

(2) *Dig. eod.* l. 23, § 4; *Inst.* lib. 2, tít. 1, § 30 Art. 805 del Cod. civ. del D. F. de México.

(3) Arg. de los textos cits. en la nota precedente.—Arts. 810 y 818 del Cod. Civ. del D. F. de México.

(4) *Cod.* lib. 7, tit. 39, *de præscr. XXX v. XL ann.* l. 8, § 1; Id. lib. 3, tit. 34 l. 13. *Contra*: art. 1059 del Cod. civ. del D. F. de México.

prescripción de las obligaciones; ella extingue la acción del acreedor y con ella el elemento civil de la obligación; peró el elemento natural queda en pie. En vano se objetaría que la obligación se identifica con la acción del acreedor (1); es hacer abstracción de las obligaciones naturales. Se puede también invocar el desenvolvimiento histórico de la prescripción de las obligaciones. Al acordar en materia de obligaciones una acción anual, el pretor no hacía sino elevar una obligación natural á la categoría de obligacion civil, porque ya antes el simple pacto creaba un lazo natural. Por consiguiente, después de la expiración del año, la acción caía; pero el deudor no debía estar en una condición mejor que antes de la reforma Pretoriana; quedaba obligado naturalmente (2). Ahora bien, el nuevo Derecho Romano se ha limitado á generalizar el principio de la prescripción introducido por el edicto del pretor. Nos fundamos igualmente sobre la imprescriptibilidad de las excepciones. Esta imprescriptibilidad no es dudosa, cuando, en defecto de una obligación civil, el acreedor no dispone sino de una excepción, porque no depende de él oponer esta excepción. Él no puede hacerlo si no es demandado por su adversario; un reproche de negligencia no se comprende, pues, y tal negligencia es el fundamento esencial de la prescripción extintiva (3); pero el mismo motivo exige la misma decisión cuando se trata de un acreedor que dispone á la vez de una acción y de una excepción: ésta no debe prescribirse, porque no está en poder del acreedor usar de ella; desde el punto de vista de la excepción, el reproche de una negligencia no existe y

(1) Vangeron, I, § 151, *anm.* p. 234.

(2) Brinz, I, § 113; *Dig.* lib. 3, tit. 5, l. 7; *Id.* lib. 27, tit. 4, l. 1, § 7; *Id.* lib. 30, *de leg.* I, l. 55; *Id.* lib. 44, tit. 7, l. 6; *Id.* lib. 46, tit. 8, l. 25 § 1; *Id.* lib. 13, tit. 15, l. 18, § 1; *Id.* lib. 46, tit. 3, l. 38, § 4 é *Id.* lib. 46 tit. 1, l. 37.

[3] *Dig.* lib. 44, tit. 4, l. 5, § 6. Art. 1673 del cod. civ. del D. F. de México.

por tanto la prescripción debe ser excluida (1). En fin, y este argumento es decisivo, en la legislación de Justiniano el deudor está sometido á la acción hipotecaria durante 40 años (2); luego todavía diez años después de la prescripción de la obligación principal (3); ahora bien, la acción hipotecaria supone al menos una obligación natural; sin ésta no se concibe ni el derecho de la hipoteca, ni la acción hipotecaria (4); la conclusión que se impone es que una obligación natural ha sobrevivido á la prescripción (5). En favor de la extinción completa de la obligación prescripta, se hace valer la consideración de que, por analogía de la cosa juzgada, la prescripción tiene por objeto fijar los derechos, poner un término á los litigios, y que si se quiere alcanzar este objeto, es preciso cerrar la puerta á todo debate nuevo, ya se presente bajo la forma de una acción, ó ya bajo la de una excepción (6). Pero la analogía de la cosa juzgada no existe. La prescripción extintiva se funda ante todo en la negligencia del acreedor, y si ella tiende también á poner fin á los litigios, es en el sentido de que quiere impedir al deudor ser demandado indefinidamente (7).

5.—Por vía de analogía, la antigua prescripción de ins-

(1) La ley romana anterior proclama la perpetuidad de la excepción de dolo, oponiendola á la prescripción de la acción de dolo, como los arts. 1673 y 1674 del cod. civ. del D. F. de México.

(2) *Cod.* tib. 7, tit. 39, *de præser. XXX v.* XL *ann.* l. 7, § 1. Antes de Justiniano la acción hipotecaria era imprescriptible de parte del deudor (Arg. *Cód eod* l. 3, Art. 1848 del cod. civ. del D. F. de México.

(3) *Cod. eod*, l. 7, § 1.

(4) *Cod.* lib. 8, tít. 32, l. l. 1 y 2; *Dig.* lib 20, tít. 1, l. 5. Art. 1823 del Cod. civ. del D. F. de México.

(5) *Dig. eod.* l. 14, § 1; *Id.* lib. 4, tít, 4, l. 5r; *Id.* lib. 9, tít. 2, l. 30, § 1 y *Cod.* lib. 8, tít. 30, l. 2.

(6) Machelard, p. 500 y 501.

(7) Savigny, *System.* V, § 248 á 251 y *Obligationem* I, § 11.; Demangeat, II, p. 650 y Mayroz, II, § 298. *Contra*: Molitor, I, núms. 33 y 37 y II, núms. 1102 y 1103.

tancia (1) dejaba indudablemente subsistir una obligación natural (2), y en derecho nuevo, es preciso decir otro tanto de la prescripción de la litis pendencia (3) y de la prescripción de 30 años del procedimiento (4).

6.—Cuando un acreedor era instituido heredero por su deudor, á cargo de restituir la sucesión á un tercero, y por su negativa á aceptar la herencia, era reputado heredero á solicitud del fideicomisario, en vista del mantenimiento del fideicomiso, su crédito quedaba rigurosamente extinguido por confusión; pero persistía como obligación natural, pues de lo contrario el fideicomisario habría sido liberado á expensas del fiduciario y se habría enriquecido con el monto de la deuda contra toda equidad (5).

7.—En el derecho clásico romano, cuando un deudor sufría una pequeña disminución de cabeza, quedaba liberado (6). Aquí también había enriquecimiento injusto á expensas de los acreedores del *capite deminutus*; así es que subsistía una obligación natural (7), para no hablar de la restitución entera que los acreedores podían obtener contra la diminución de cabeza de su deudor (8). Bajo Justiniano, ellos conservan de pleno derecho sus créditos civiles (9).

8.—Si un acreedor es privado de su derecho á título de pena, conserva un crédito natural, á menos que éste sea contrario á los términos ó al espíritu de la ley que pronuncia la privación. En efecto, el deudor liberado á título de pena

---

(1) Gayo, IV—104 y 105.

[2] *Dig.* lib. 46, tít. 8, § 1, *Id.* lib. 9, tít. 2, l. 30, § 1 y *Cod.* lib. 8, tít. 230, l..

(3) *Cod.* lib 7, tít. 39, *de præsar. XXX á XI. auu* 19.

(4) *Cod.* lib. 3, tít. 1, l. 13.

[5] *Dig.* lib. 36, tít. 1, l. 61.

(6) Gayo, III—84; IV—38.

[7] *Dig.* lib. 4, tít. 5, l. 2, § 2.

(8) Gayo, III—84.

[9] *Inst.* lib. 3, tit. 10 § 2.

para el acreedor se enriquece injustamente á expensas de este último (1). Tal es el caso en que alguno perdía su crédito por aplicación de la disposición pretoriana de que, si un Magistrado investido de una jurisdicción había estatuido según una regla nueva y arbitraria, la misma regla podía ser retorcida en las causas ulteriores contra estè Magistrado (2), y contra el litigante que se había aprovechado de ella (3), ya por otro litigante (4), ya por un tercero (5). Hay que decir otro tanto cuando un acreedor es privado de su derecho por haberse apoderado á viva fuerza de la cosa debìda (6), ó bien por no haber declarado su crédito contra un incapaz en el momento en que ha sido llamado á su tutela ó su curatela (7).

¿Cuáles son los efectos anejos á estas diferentes obligaciones naturales fundadas sobre el enriquecimiento? Pueden ser garantizadas por una caución (8) ó una hipoteca (9); son también susceptibles de ser reconocidas como obligaciones civiles por medio del constituto (10) ó de ser novadas por tales obligaciones (11). No se detiene aquí su eficacia. El deudor que las cumple, aunque fuese por error, no es admitido á

[1] *Dig.* lib. 12, tít. 6, l. 19.

[2] *Dig.* lib. 2, tit. 2, l. 1, § 1.

[3] *Dig. eod.* l. 1, § 1,

[4] *Ibid.*

[5] *Dig. eod.* l. 3, § 2 y l. 3, § 7

[6] *Dig.* lib. 48, tít. 7, l. 7; *Id.* lib. 4, tít: 2, l. 12, § 3; l. 13 y Arg. *Novella* 52, cap. 1 y *Novella* 60, cap. 1.

[7] Arg. *Novella* 72, cap. 4 —Art. 508 del Cod. civ. del D. F. de México—Arg. *Dig*, lib 3, tít. 6, l. 1, § 3 é *Id.* lib. 12, tít. 5, l. 2, § 2.

(8) *Dig.* lib. 14, tit. 6, l. 9, § 3 y 4 y l. 18; *Id.* lib. 46, tit. 1, l. 37—Pero, en principio, la caución puede, como el deudor principal, rechazar la acción en pago (*Dig* lib. 14, tít. 6, lib. 9, § 3; *Id.* lib. 46, tít. 1, l. 37.)

(9) *Dig.* lib. 20, tít. 1, lib. 14 § 1.

(10) *Cód.* lib. 4, tít. 28, l. 2 y *Dig.* lib. 14, tít. 6, l. 7, § 15 y 16.

(11) *Dig* lib. 46, tít. 2, l. 19; *Cod.* lib. 4, tít. 28, l. 2; *Dig.* lib. 14, tít. 6. lib. 20.

repetir (1). Pero en general los efectos más poderosos de la obligación natural, la compensación (2) y el derecho de retención (3), no existen; acordar estos derechos al acreedor natural, sería permitirle exigir indirectamente la cosa debida, cuando la ley ha querido excluir toda coacción.

IV.—En fin, ciertos deberes de moral universalmente reconocidos, sirven también de base á una obligación natural.

1.—La mujer está obligada naturalmente á constituir una dote á su marido, para ayudarle á soportar las cargas de la vida común ( ).

El monto de esta obligación natural depende de la fortuna de la mujer y de las necesidades de la familia (5).

2.—El manumitido tiene obligación natural de prestar á su patrono los servicios de honor y de reconocimiento *(operae officiales* de *oficium,* deber), mientras que no debía prestar otros servicios *(operae fabriles),* sino en virtud de un compromiso especial (6).

Estas dos obligaciones naturales producen los diferentes efectos posibles de las obligaciones naturales (7), salvo la compensación y el derecho de retención (8).

V.—No pensamos que una sentencia absolutoria injustamente dictada deje subsistir una obligación natural. Si, pues, el deudor absuelto paga por error después de su absolución, es admitido á repetir por la *condictio indebiti* lo que ha pagado (9). Este sistema respeta solamente la autoridad de la

---

(1) *Dig.* lib. 14, tít. 6, l. 9.
(2) *Dig.* l. 16, tít. 2, lib. 14.
(3) *Dig.* lib. 6, tít. 1, l. 48.
(4) *Dig.* lib. 12, tít. 6, l. 32, § 2.
(5) Arg. *Dig.* lib. 25, tit. 3, l. 5, § 10.
(6) *Dig.* lib. 12, tít. 6, l. 26, § 12.
(7) *Dig.* l. 12, tít. 6, lib. 32, § 2.
(8) Savigny, I, § 12 1° y 2°.
(9) *Dig.* lib. 12, tít. 6, l. 28. Art. 1546 del Cod. Civ. del D. F. de México.

cosa juzgada. Ésta se reputa la expresión de la verdad (1), es decir, que ella no puede ser puesta en duda (2), porque los litigios deben tener un fin (3). Ahora bien, si la absolución dejase subsistir una obligación natural, la ley reconocería un estado de cosas contrario al que es establecido por la cosa juzgada; ésta cesaría, pues, de ser la expresión de la verdad; sería puesta en duda por el acreedor perdidoso que podría todavía oponer su crédito natural en compensación y los litigios se eternizarían. Nos fundamos además sobre la analogía del juramento decisorio; aun el elemento natural de la obligación es destruido por la prestación de este juramento (4); ahora bien, la cosa jurada, como la cosa juzgada, se reputa la expresión de la verdad; no puede ser puesta en duda (5).

VI.—El beneficio de competencia y la *actio de peculio* no dan tampoco lugar á una obligación natural. Cuando, en virtud del beneficio de competencia, un deudor no paga sino una parte de su deuda, el exceso subsiste como obligación civil; el acreedor puede reanudar las demandas contra el deudor que ha hecho nuevas adquisiciones (6), prueba cierta de la existencia de una obligación civil por la parte restante de la deuda. Si el deudor paga por error esta parte, no puede repetirla (7), porque la debía civilmente y no en razón de la existencia de una simple obligación natural (8). Del mismo modo, el dueño ó el padre de familia que, demandado por la *actio de peculio*, paga á los acreedores de

---

(1) *Dig.* lib. 50 tít. 17, l. 207. Art. 621 del Cod. de Proc. Civ. del D. F. de México.

(2) *Dig.* lib. 42, tít 1, lib. 56.

(3) *Dig.* lib. 44. tít. 2, l. 6.

(4) *Dig.* lib. 12, tít. 2, l. 39.

(5) *Dig* lib. 42, tít. 1, l. 46.

(6) *Cód.* lib. 5, tít. 18, l. 8.

(7) *Dig.* lib. 12, tít. 6, l. l. 8 y 9.

(8) Véase antes en esta obra § 6—II—2ª.

su esclavo ó de su hijo bajo patria potestad hasta la concurrencia del contenido del peculio, queda civilmente obligado por el resto; porque era en principio deudor civil de la totalidad de la deuda, salvo que momentáneamente la condenación se restringiese á las fuerzas del peculio (1). Si más tarde el peculio se aumentaba, la *actio de peculio* podía ser intentada de nuevo (2), lo que atestigua la obligación civil; y si el dueño ó el padre de familia pagaba por error más allá del monto del peculio, había todavía una obligación civil y no una obligación natural, que le impedía la repetición (3).

SECCIÓN V.—DE LAS OBLIGACIONES DE BUENA FE Y DE LAS OBLIGACIONES DE DERECHO EXTRICTO.

§ 48.—*Nociones é historia.*

1.—Las obligaciones de buena fe son aquellas en que se siguen los principios de la equidad; las obligaciones de derecho extricto son aquellas en que se siguen los principios rigurosos del derecho (4).

En los primeros siglos de Roma, todas las obligaciones eran de derecho extricto. Las obligaciones de buena fe no aparecieron sino más tarde, bajo la influencia del derecho de gentes (5); eran al mismo tiempo obligaciones naturales; pero después un gran número de estas últimas fueron recibidas

(1) Arg. *Dig.* lib. 15, tít. 1, l. 30, § 4.
(2) *Ibid.*
(3) *Dig.* lib. 12, tít. 6, l. 11.
(4) Cicerón, *pro Roscio comœdo*, 4. *Inst.* lib. 4, tít. 6, § 30; *Dig.* lib. 17, tít. 1, l. 29, § 4.
(5) Molitor, I, núms. 18 y 250. Maynz, I, § 51, p. 522.

en la clase de obligaciones civiles [1], sin perder por esto su carácter de obligaciones de buena fe [2].

Se sigue de aquí que, después de ese desenvolvimiento del derecho Romano, las obligaciones civiles son unas de buena fe, otras de derecho extricto, mientras que las obligaciones naturales son todas de buena fe. En el procedimiento antedioclecìano, el juez de una acción de buena fe se llamaba de preferencia *arbiter*, porque tenía un poder más amplio de apreciación [3], y el juez de una acción de derecho extricto, *iudex* [4]; de aquí las denominaciones de *arbitria* y de *judicia* para designar respectivamente las acciones de buena fe y las de derecho extricto [5]. En la época de las fórmulas, estas dos clases de acciones se reconocían por la fórmula. La *intentio* de la fórmula de una acción de buena fe contenía las palabras *ex fide bona* [6] ó una expresión equivalente [7]; el juez recibía la orden de decidir el litigio según las reglas de la buena fe. La *intentio* de la fórmula de una acción de derecho extricto no comprendía nada semejante; el Magistrado ordenaba pura y simplemente al juez que condenase ó absolviese al demandado, según que el demandante hubiere probado ó nó el fundamento de su acción; luego según el rigor del derecho y sin atender á la equidad. Particularmente el juez de una acción de buena fe podía tener en cuenta todas las excepciones opuestas por el demandado, aun cuando no hubieran sido insertas en la fórmula; las palabras *ex fide bona* lo autorizaban para ello virtualmente; de aquí la máxima: *bonae fidei judiciis exceptio doli mali inest* [8]. Por

---

(1) *Dig.* lib. 1, tít. 1, l. 5.
(2) Gayo, III—132—Molitor, I, núms. 18 y 250.
(3) Festus, *de verbor significat.* V. *Arbiter.*
(4) Cicerón, I. c ; Gayo, IV—163—
(5) Cicerón, *pro Roscio com.* 4 y 5.
(6) Gayo, IV—47—
(7) Cicerón, *Topica*, 17, de *office.* III—15 y *ad famil.* VII—12.
(8) *Dig.* lib. 18, tít. 5, l. 3; *Id.* lib. 24. tít. 3, l. 21; *Id.* lib. 30, *de leg.* II l. 84, § 5, *Inst.* lib. 4, tít. 6, § 30.

el contrario, el juez de una acción de derecho extricto no podía tomar en consideración sino las excepciones en las cuales le daba especialmente la fórmula el poder de ocuparse, pues estaba ligado por la concepción absoluta de la fórmula (1).

2º. La división de que se trata ha sido mantenida por Justiniano; pero no tiene ya en su legislación la misma importancia que en el derecho clásico. Por un lado, se ha estrechado el dominio de las obligaciones de derecho extricto: la obligación literal, una de las más importantes del derecho extricto, ha desaparecido (2); la obligación de ejecutar un legado, que era también de derecho extricto, se ha hecho una obligación de buena fe (3). Por otro lado, el sistema de las obligaciones de derecho extricto ha perdido su rigor; como no hay ya fórmulas, el demandado por una acción de derecho extricto puede hacer valer sus excepciones de la misma manera que ante una acción de buena fe (4).

§ 49.—Indicación de las obligaciones de buena fe y de las de derecho extricto.

En general, las obligaciones de buena fe tienen un carácter sinalagmático ó bilateral; son recíprocas para ambas partes. Las obligaciones de derecho extricto son unilaterales; una sola parte se obliga. Así es cómo la venta, el arrendamiento, la sociedad y la permuta son contratos bilaterales; producen obligaciones de buena fe; la estipulación es un contrato unilateral: la obligación que de él resulta es de derecho extricto (5). Las obligaciones de buena fe constituyen

(1) § 30 cit.

[2] *Inst.* lib. 3, tít. 21—Véase adelante en esta obra § 82.

(3) Arg. *Cód.* lib. 6, tít. 43, l, 2.

[4] *Inst.* lib 4, tít. 6, § 30.

(5) El precario forma excepción de esta regla; aunque unilateral, produce una obligación de buena fe. [*Dig.* lib. 43, tít. 26, l. 2 § 2]

la regla (1), desde entonces podemos dispensarnos de hacer su enumeración, y limitarnos á indicar las que son de derecho extricto. Las fuentes de estas últimas son:

1º Entre las convenciones, la estipulación (2), el préstamo de consumo (3) y los pactos legítimos (4), donación (5) y constitución de dote (6).

2º Los cuasi contratos que obligan á la restitución de un pago indebido (7).

3º Los delitos, al menos desde el punto de vista de las acciones civiles que producen (8); y

4º La ley, cuando crea una obligación sin atribuirle una acción especial, habiendo por tanto lugar á una *condictio ex lege* (9).

§ 50.—*Importancia de la división.*

1º En la interpretación de una convención de buena fe, se atiende á la voluntad de las partes más bien que á los términos de la convención; los términos deben ceder ante la voluntad contraria de las partes, si ella está debidamente establecida (10). En las convenciones de derecho extricto se atiende rigurosamente á los términos (11). Así es cómo la convención de garantía con motivo de evicción, cuando era

(1) *Inst.* lib. 4, tít 6, § 28 y 29.
(2) *Dig* lib. 12, tít. 13, l. 5, § 4 y l. 6.
(3) Theofilo, I—4—13, § 13
(4) Arg. *Dig.* lib. 13, tít. 2, l. unic.
(5) *Cód.* lib. 8, tít. 53, l. 35 § 5.
(6) *Cód.* lib. 5, tít. 11, l. 6.
(7) Arg. *ig.* lib. 12, tít. 4 á 7; *Id.* lib. 13, tít. 1 é *Id.* lib. 25, tít. 2, l. l. 24 y 26.
(8) En efecto, es de la esencia de los delitos producir obligaciones unilaterales. En particular la acción *aguilia* *Dig.* lib. 12, tít. 1, l. 9, § 1
(9) *Dig* lib. 13, tít. 2, l. unic.
(10) *Dig.* lib. 50, tít. 16, l. 219: *Id.* lib. 3, tít. 5, l. 6.
(11) *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 99.

formada á la manera de la estipulación, no se aplicaba á la evicción parcial de la cosa, si ella no había sido prevista de una manera especial en la estipulación (1). No podía tampoco tratarse de subentender una cláusula usual en una convención de derecho extricto (2).

2º Los pactos accesorios añadidos á un contrato de buena fe, dan lugar á la acción que nace de este contrato: se presume que forman parte integrante del contrato principal (3). Los pactos accesorios agregados á un contrato de derecho extricto no están garantizados por la acción resultante de este contrato; se les considera como convenciones distintas; y puesto que por sí mismos no tienen fuerza civil, están desprovistos de toda acción (4). Así todavía, cuando una de las partes ha sido engañada ó ha sufrido una violencia moral con ocasión de un contrato de buena fe, está en sus facultades obrar por la acción del contrato, ya en rescisión, ya por daños y perjuicios (5). Si se trata de un contrato de derecho extricto, es preciso recurrir á otras vías de derecho (6).

3º En las obligaciones de buena fe, los frutos son debidos por el solo efecto de la obligación (7) y los intereses al menos á partir de la moral (8). En las obligaciones de derecho extricto, la *litis contestatio* solamente da derecho á los frutos y á los intereses (9).

4º El juramento *in litem* admitido con ocasión de las acciones arbitrarias, cuando el *arbitrum* queda sin ejecución por el dolo ó la culpa grave del demandado, no se extiende

---

[1] *Dig.* lib. 21, tít. 2, l. 56, § 2.
[2] Arg. *Dig.* lib. 21,—tít. 1, l. 31, § 20.
[3] *Dig.* lib. 2, tít. 14, l, 7, § 5.
[4] Arg. l. 7, § 5. Véase adelante en esta obra § 185.
[5] *Inst.* lib. 3, tít. 23, § 5 y arg. *Dig* lib. 50, tít. 17, lib. 116.
[6] Véase adelante en esta obra $ 94 y 95. II
[7[*Dig.* lib. 22, tít. 1, l. 38, § 8 y 15.
[8] *Dig eod.* l. 1 y 32 § 2—Véase antes en esta obra § 21—I—1º
(9) L. 38, § 7 cit.; *Dig.* lib. 39, tít. 5, l. 22.

á las acciones arbitrarias de derecho extricto (1).

5º En las obligaciones de buena fe, la estimación de los daños y perjuicios se hace atenta la época de la sentencia, mientras que, en las obligaciones de derecho extricto, se considera el momento de la *litis contestatio (2)*.

6º Cuando una obligación es pagadera en un lugar convenido, esta circunstancia no impide demandar al deudor, ante el juez de su domicilio, por la acción que nace de la obligación, si ésta es de buena fe (3). Si es de derecho extricto, es preciso recurrir á la acción de *eo quod certo loco dari oportet (4)*.

SECCIÓN VI.—DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS.

§ *51.—Noción y condiciones de la solidaridad.*

Hay solidaridad ó correalidad cuando, en una sola y misma obligación, varios son deudores ó acreedores cada uno por el todo (5). La solidaridad puede, pues, existir del lado de los deudores ó del lado de los acreedores; en el primer caso, nuestras fuentes hablan de *correi vel duo rei promittendi*, y en el segundo de *correi vel duo rei stipulandi* (6); por su lado, los autores modernos distinguen una solidaridad activa y una solidaridad pasiva. En los términos de la definición dada, el carácter esencial de la obligación solidaria consiste

---

[1) *Dig.* lib. 12, tít. 3, l. l. 5 y 6.

[2] *Dig.* lib. 13, tít. 6, l. 3, § 2; *Id.* lib. 12, tít. 1, l. 22; *Id.* lib. 13, tít. 3, l. l. 3 y 4.

[3] *Dig.* lib. 13, tít. 4, l. 7.

[4] *Dig.* eod. l. 1.—Véase *supra* § 7—III.

[5[*Inst.* lib. 3, tít. 16. Arts. 1388, 1389 y 1390 del Cód. civ. del D. F. de México.

[6] *Inst.* lib. 3, tít. 16, y *Cód.* lib. 8, tít. 39.

en la unidad de la obligación, á pesar de la pluralidad de deudores ó de acredores (1); cada uno es deudor ó acreedor por el todo; cada uno debe toda la deuda ó bien tiene derecho á la totalidad del crédito (2). Es esta una excepción del derecho común. En principio, cuando varios intervienen, activa ó pasivamente, en una obligación, ésta se divide: cada uno no es deudor ó acreedor sino por una parte; se forman varias obligaciones propias é independientes, y en cada una de ellas no hay sino un deudor único ó un acreedor único. Si, pues, A y B prometen juntos una suma de 1,000, en general cada uno será deudor de 500 solamente (3). La solidaridad deroga esta regla. No obstante la intervención de varios deudores ó de varios acreedores, ella mantiene la obligación entera sobre la cabeza de cada uno, de tal suerte que una sola y misma deuda es debida en su totalidad por varios ó á varios. Por esta razón la solidaridad exige las siguientes condiciones:

I. Cada uno debe ser deudor ó acreedor de la misma cosa. No hay solidaridad si varios son deudores ó acreedores de cosas diferentes; esta pluralidad de cosas produce necesariamente una pluralidad de deudas, y la solidaridad supone una obligación única (4). A y B no serán, pues, codeudores solidarios, si uno promete 1,000 y el otro también 1,000, sin añadir que son los mismos, ó bien si uno promete 10 ó Stichus, y el otro 10 (5), ó bien todavía si el uno responde de su culpa y el otro de su dolo solamente (6). Pero nada impide á los diversos deudores ó acreedores prometer ó estipular bajo modalidades diferentes; uno puede contratar pura y

---

(1) *Dig.* lib. 2, tít. 14, l. 9; *Id* lib. 45, tít 2, l. 3, § 1

(2) *Inst.* lib. 3, tít. 16, § 1. *Dig.* lib. 45, tít. 2, l. l. 2 y 3

(3) *Dig.* lib. 45, tít. 2, l. 11, § 1 y 2; Id, lib. 38, tít. 1, l. 15, § 1.

(4) *Dig.* lib. 45, tít. 2, l. 3, § 1.

(5) Arg. *Dig.* lib. 45, tít. 2, l. 15.

(6) *Dig.* lib. 45, tít. 2, l. 9, § 1.

simplemente, otro bajo condición ó á plazo (1); se puede convenir en lugares diferentes para el pago (2); estas modalidades tienen un carácter accesorio y por tanto no dan lugar á obligaciones distintas. Es todavía menos necesario que los diferentes deudores ó acreedores prometan ó estipulen simultáneamente (3).

II. La solidaridad no debe ser admitida sino mediante una causa especial, y la causa puede ser una convención, una disposición de última voluntad, una sentencia ó la ley. En efecto, la solidaridad constituye una excepción del derecho común, y las excepciones no se presumen (4).

A) La convención relativa á la solidaridad puede ser expresa ó tácita (5). En lo que concierne á la forma de la convención, basta un simple pacto cuando el contrato principal es de buena fe; es así, cómo vendiendo una cosa á dos personas, se puede convenir, por un pacto accesorio al contrato de venta, que los dos compradores quedarán obligados solidariamente á pagar el precio (6). Si el contrato principal es de derecho extricto, es preciso recurrir á la estipulación; ésta es, pues, indispensable en el préstamo de consumo para obligar solidariamente á los dos mutuatarios á la restitución del préstamo (7). En realidad los romanos no empleaban sino la estipulación, aun con ocasión de contratos de buena fe (8). Esta forma de contratar se prestaba por lo demás fácilmente al establecimiento tácito de la solidaridad. Se admitía una

---

(1) *Inst.* lib. 3, tít. 16, § 2; *Dig.* lib. 45, tít. 2, l. 7.

(2) *Dig.* lib. 45, tít. 2, l. 9, § 2.

(3) Arg. *Inst.* lib. 3, tít. 20, §3

[4] *Dig.* lib 45, tít. 2, l. 11, § 1 y 2; *Id.* lib. 38 tít. 1, l. 15, § 1.—Art. 1392 del cód. civ. del D. F. de México.

(5) Arg. *Dig* lib. 30, *de leg.* I, l. 8 § 1.—*Contra*: Art. 1392 cit.

(6) *Dig.* lib. 45, tít. 2, l. 9.

(7) *Cód.* lib. 4, tít. 2, l. l. 9 y 12.—Esta regla se aplica al *mutuum*.—Art. 1394, fr. I del Cód. civ. del D. F. de México.

(8) Arg. *Inst.* lib. 3, tít. 16 y *Cód.* lib. 8, tít. 39.

solidaridad tácita entre coodeudores por sólo que, habiendo el acreedor demandado sucesivamente á cada uno de ellos si prometía tal ó cual cosa (la misma), los diversos deudores respondían después de la terminación de todas las preguntas que ellos la prometían *(Maevi, spondesne mihi centum dare?—Sei, spondesne mihi eadem centum dare?—(Spondeo)* (1). Del mismo modo había solidaridad tácita entre coacreedores cuando, habiendo todos interrogado al deudor sobre la prestación de una cosa (la misma), éste respondía afirmativamente *(Spondesne mihi centum dare?—Spondesne mih. eadem centum dare?—Utrique vestrum dare Spondeo)* (2). Reunidas así todas las preguntas en un solo haz, del mismo modo que las respuestas si había muchos promitentes, el conjunto no formaba sino un solo todo, y de esto se deducía la voluntad de las partes de contratar solidariamente. Si, al contrario, cada pregunta era seguida de una respuesta, se formaban tantas obligaciones distintas como preguntas, lo cual era incompatible con la solidaridad (3).

B).—La solidaridad puede también resultar de una disposición de última voluntad, en lo que concierne á la obligación de pagar los legados. El testador puede obligar solidariamente á varias personas al pago de un legado (4) ó bien legar solidariamente una cosa á varios (5), de una manera expresa ó tácita. Si un testamento dice: mi heredero A. y mi heredero B. pagarán 1,000 á X., cada heredero estará solamente obligado por su parte y porción (6).

Pero si el testador ha dicho: mi heredero A. *ó* mi herede-

---

(1) Demangeat, p. 409 y 411.—Arg. Dig. lib. 26, tít. 8, l. 7, § 1.

(2) *Idem.*

(3) *Dig.* lib. 26, tít. 8, l. 7, § 1; *Id.* lib. 45, tít. 2, l. l. 3 y 9, § 2.

(4) *Dig.* lib. 30, *de leg.* I, l. 8, § 1.—Arts. 1396 y 1416 del Cód. civ. del D. F. de México.

(5) *Dig.* lib. 31, *de leg.* II, l. 16.—Art. 1393, fr. III del Cód. Civ. del D. F. de México.

(6) *Dig.* lib. 30, *de leg.* I, l. 86, § 3; *Id.* lib. 31, *de leg.* II, l. 33.

ro B. pagará 1,000 á X., A y B. estarán obligados solidariamente; es el único medio de atribuir efecto á la disposición testamentaria y particularmente al empleo de la partícula *ó* (1).

C).—Una sentencia crea la solidaridad cuando condena solidariamente á varias personas al pago de las costas del litigio, ó bien cuando, á consecuencia de un error, admite una obligación solidaria que en realidad no existe, porque, á falta de error, se limita á hacer constar la existencia de una obligación solidaria; no la crea absolutamente (2).

D).—En fin, la solidaridad resulta en ciertos casos de la ley.

Existe una solidaridad legal pasiva:

1.—Entre los codelincuentes, desde el punto de vista de la reparación del daño causado por el delito ó el cuasi delito (3). Pero no hay solidaridad entre codelincuentes en lo que concierne á la obligación de pagar la pena de un delito privado. La solidaridad supone una obligación única. Ahora bien, aquí existen varias obligaciones; cada uno de los culpables debe una pena distinta, aunque todas las penas sean de una suma igual; cada uno debe otra suma de 1,000 que la suma de 1,000 debida por sus codelincuentes. Teniendo las diferentes obligaciones penales cada una un objeto propio, son distintas las unas de las otras (4). Así el acreedor tiene derecho tantas veces al pago de la pena cuantos deudores hay (5). Por el contrario, cada uno de los culpables debe los mismos daños y perjuicios, los mismos 1,000 por ejemplo; pero soli-

---

(1) *Dig.* lib. 30, *de leg.* I, l. 8, § 1; *Id.* lib. 32, *de leg.* III, l. 25.

(2) Molitor, II, núm. 1165.—Arts. 1396, fr. III y 1416 del Cód. civ. del D. F. de México.

(3) *Dig.* lib. 2, tít. 10, l. 1, § 4; *Id.* lib. 4, tít. 2, l. 14, § 15; y l. 15; *Id.* lib. 4, tít. 3, l. 17; *Id*, lib. 9, tít. 1, l. 1, § 14.—Art. 350 del Código Penal del D. F. de México.

(4) L. 1 *initio* cit.

(5) Arg. L. 1 cit.

dariamente, no hay sino una sola obligación, que se extingue por un pago único (1).

2.—Entre varias personas que se obligan en común por una convención cualquiera, desde el punto de vista de los daños y perjuicios debidos en razón de una culpa común. Esta solidaridad legal se aplica, entre otros, á los comandatarios (2), á los coarrendatarios (3), á los cocomodatarios (4), y á los codepositarios (5), así como á los herederos de un arrendatario, comodatario ó depositario único (6). En principio, cada uno de estos deudores no está obligado sino por una parte y no puede ser demandado sino en parte por la ejecución de las obligaciones contractuales (7). Pero si ellos cometen una culpa común con motivo de su obligación, están obligados solidariamente á los daños y perjuicios por analogía con los codelincuentes (8).

3.—Entre cotutores (9) y cocuradores (10), así como entre Magistrados colegas (11), en lo que concierne á la obligación de reparar el daño causado por una culpa común, á causa de la misma analogía con los delitos (12).

---

(1) L. 1 cit.

(2) *Dig.* lib. 17, tít 2, l. 60, § 2; *Id.* lib. 27, tít. 3, l. 15.—*Contra;* Arts. 2367 y 2368 del Cód. civ del D. F. de México.

(3) *Dig.* lib. 13, tít. 6, l. 5, § 15—Arts. 2977, 2978 y 2999 del Cód. civ. del D. F. de México.

(4) L. 5, § 15 cit.; *Dig.* lib. 27, tít. 3, l. 15.—Art. 2678 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(5) *Dig.* lib. 16, tít 3, l. 1, § 43; *Id* lib. 27, tít. 3, l. 15.—Art. 1396 del Cód. civ. del D. F. de México.

(6) *Dig.* lib. 13, tit. 6, l. 3; § 3; l. 17, § 2; *Id.* lib. 16, tit. 3, l. 22—Arts. 1396 fr. II y 1417 del Cód. Civil del D. F. de México.

(7) Arg. *Dig. eod.* l. 1, § 36, y 44 y l. 14.

(8) Savigny, I, § 20 B.—Maynz, II, § 221, A, 4.

(9) *Dig.* lib. 26, tít. 7, l. 18, § 1, l. 33, § 1 y l. 42; *Cód.* lib. 5, tít. 52, l. 2.

(10) L. 2 cit.

(11) *Dig.* lib. 26, tít. 7, l. 45.

(12) Savigny, I, § 20 C.

4.—Entre comandantes. En efecto, las diversas obligaciones de los mandantes se refieren á una obligación de reparar las pérdidas que la ejecución del mandato ha causado al mandatario; esta obligación tiene su fuente en el contrato de mandato; de aquí la misma solidaridad legal que en los dos casos precedentes (1). Además, el mandante y el mandatario están de pleno derecho obligados solidariamente hacia los terceros, siempre que, en razón de los compromisos del mandatario, los terceros tienen contra el mandante las acciones *exercitoria* (2), *institoria* (3), *cuasi institoria* (4), *Quod jusso* (5), *de peculio* (6), *tributoria* (7), *ó de in rem verso* (8), y si hay varios mandantes, ellos están, todavía en virtud de la ley, obligados solidariamente á las acciones exercitoria (9), institoria (10), cuasi institoria [11]. *Quod jusso* [12].

5.—Entre el deudor principal y su caución, ya sea ésta una fianza (13), ya un constituto de la deuda de otro (14), ó bien un mandato en favor de un tercero (15), así como entre varias personas que han caucionado la misma deuda por medio de fianza (16), del constituto (17) ó del mandato (18).

---

(1) *Dig.* lib. 17, tít. 1, l. 59; § 3. Maynz, II, § 221, B. 3º.—Art. 2375 del Cód. civ. del D. F. de México.

(2) *Dig.* lib. 14, tít. 1, l. 1, § 17 y 24 y l. 5 § 1.

(3) *Dig.* lib. 14, tít. 3, l. l. 1, y 5 § 2, 11 y 12.

(4) *Dig. eod.* l. 19; *Cód.* lib. 4, tít. 25, l. 5.

(5) *Dig.* lib. 15, tít. 4, l. 1, § 1.

(6) *Dig.* lib. 15, tít. 1, l. 44.

(7) *Inst.* lib. 4, tít. 7, § 3.

(8) *Inst. eod.* § 4.

(9) *Dig.* lib. 14, tít. 1, l. 1, § 25, l. 2, 3 y 4 § 1.

(10) *Dig.* lib. 14, tít. 3, l. 13, § 2 y l. 14.

(11) *Dig* lib. 15, tít. 4, l. 5, § 1 y Arg. *Dig.* lib. 14, tít. 3, l. 19.

(12) *Dig.* lib. 15, tít. 4, l. 5, § 1.

(13) *Arg. Inst.* lib. 3, tít. 20, § 4.

(14) Arg. *Dig.* lib. 13, tít. 5, l. 16.

(15) Arg. *Cód.* lib. 8, tít. 40, l. 23.

(16) *Inst.* lib. 3, tít. 20, § 4.

[17] *Dig.* lib. 13, tít. 5, l. 16.

(18) *Cód.* lib. 8, tít. 40, l, 23, Maynz, II, § 186, p. 70; § 263, nota 7.

6.—Entre covendedores asociados, desde el punto de vista de las acciones edilicias (1).

7.—Cuando la obligación de constituir una servidumbre indivisible se resuelve daños y perjuicios, éstos son debidos solidariamente por cada deudor (2).

En fin, existe una solidaridad legal, á la vez activa y pasiva, entre banqueros asociados, en razón de las convenciones concluídas con los terceros relativamente á la banca, ya por todos los asociados, ya por uno ó algunos de ellos (3).

§ 52.—Efectos de la solidaridad.

La obligación solidaria es esencialmente una obligación única, debida en su totalidad por varios ó á varios (4); de aquí derivan todos sus efectos.

1º.—Cada deudor puede ser demandado por el todo (5) y cada acreedor puede demandar por el todo (6). El acreedor que, demandando á un primer deudor, no ha logrado obtener de él un pago íntegro, es admitido á demandar solidariamente el resto á otro deudor solidario (7). Pero si uno de los deudores ó acreedores muere dejando varios herederos, la obligación solidaria se divide entre ellos en proporción á sus partes hereditarias respectivas; en efecto, no existe ningún motivo para no aplicar á la obligación solidaria la regla sobre la partición de créditos y de deudas hereditarias. Sola-

---

(1) *Dig.* lib. 21, tít. 1, l. 41 § 1.

(2) *Dig.* lib. 10, tít. 2, l. 25, § 10.

(3) Arg. *Dig.* lib. 2, tít. 14, l. 25, y l. 21 § 5.

(4) Véase antes en esta obra § 51.

(5) *Inst.* lib. 3, tit. 16, § 1; *Dig.* lib. 45, tit. 2, l. 3, § 1; *Cód.* lib. 8, tít. 39, l. 1.—Arts. 1390 y 1403 del Cód. civ. del D. F. de México.

(6) *Inst.* lib. 3, tít. 16, § 1; *Dig.* lib. 31 *de leg.* II, l. 16. Art. 1389 del Cód. civil del D. F. de México.

(7) *Cód.* lib. 8, tit. 40, l. 28.—Para el derecho clásico: Gayo III 180 181; IV, 106-108 y l. 28 cit.—Arts. 1404 y 1405. del Cód. Civ. del D. F. de México.

mente que la partición tendrá por objeto la totalidad de la obligación, mientras que, si se trata de una obligación no solidaria, la partición recaerá sobre una obligación ya dividida. A. y B. debían 1.000; A. muere dejando dos herederos cada uno por la mitad. Si la deuda es solidaria, cada uno de los herederos de A. deberá 500, y B. continuará debiendo 1.000. A falta de solidaridad, cada heredero de A. no deberá sino 250 y B. quedará debiendo 500. Sin embargo, el deudor atacado por el todo goza de dos beneficios importantes.

A).—En virtud de la Novella 99, si la solidaridad es convencional y la deuda ha sido contraída en interés común, el deudor demandado por el todo puede llamar al litigio á sus codeudores solventes y presentes, á efecto de hacer dividir la condenación.

I.—El objeto del beneficio concedido por la Novella 99 no es dudoso. Es cierto que Justiniano permite (de una manera más ó menos ámplia) al deudor llamar á litigio á sus codeudores solidarios, á efecto de hacer dividir la condenación. No puede llamarse al litigio sino á los codeudores presentes; es decir, que habitan en el lugar de la demanda (1). El juez los cita ante él (2), hace constar su solvencia ó su insolvencia (3) y condena á aquellos que han sido reconocidos como solventes, comprendido entre ellos el demandado originario, á pagar una parte y porción de la deuda (4). El beneficio establecido por Justiniano es, pues, en el fondo un beneficio de división, combinado con un derecho de llamar á litigio á los codeudores (5).

2.—Pero ¿cuáles son los deudores que gozan de este be-

---

[1] *Novella* 99, cap. 1 § 1 *initio.*—Art. 1417 del Cód. civ. del D. F. de México.

[2] *Novella* 99, cap. 1, § 1 y 2.

[3] *Novella* 99, cap. 1, § 1.

[4] *Novella* 99, cap. 1, § 1.

[5] Arts. 1544 y 1741 del Cód. civ. del D. F. de México.—L. L. 10, tít. 12, Partida 5ª y 10, tít. 1, lib. 1º de la Nov. Recop.

neficio? En nuestra opinión, son todos los deudores solidarios (1), bajo las dos siguientes condiciones: Es necesario desde luego que la solidaridad sea convencional (2). Es necesario sobre todo que la deuda haya sido contraída en interés común; cada uno de los obligados debe haber obtenido una utilidad parcial, de tal manera que si uno solo pagase la totalidad, dispondría de un recurso contra los otros (3).

Así entendida, la Novella 99 toma en cuenta las relaciones jurídicas existentes entre codeudores solidarios; permite oponer estas relaciones al acreedor que reclama de uno de ellos el pago de toda la deuda (4). Tiene por ventaja suprimir las acciones recursorias entre deudores solidarios y terminar en un solo y mismo litigio todas las cuestiones relativas á la deuda (5). Pero abundan los sistemas sobre el alcance de la ley de Justiniano. La mayor parte de los antiguos intérpretes del derecho Romano, la aplicaban á todos los deudores solidarios, con la sola excepción del caso en que la obligación resultase de un delito (6). Según la opinión dominante hoy, la ley se aplicaría al menos á todos los casos de solidaridad convencional (7). Otros intérpretes restrinjen al contrario la Novella 99, al caso especial en que los deudores solidarios se hubieren constituido además en cauciones los unos de los otros. Justiniano no habría hecho sino consagrar para estas cauciones recíprocas el beneficio de división introducido por Adriano, salvo algunas modificaciones secundarias (8). He-

1) *Novella* 99, cap. 1.

[2] *Novella* 99, cap. 1.—Se habla especialmente del préstamo de consumo, á título de ejemplo.

[3] *Novella* 99, cap. 1.

[4] *Novella* 99, cap. 1. § 1.

[5] *Novella* 99, cap. 1, § 1.

(6) Antonio Favre, *Conject. jur. civ.* lib. XI, cap. 4; Molitor II, núms. 1170 y 1174.

(7) Puchta, *Pand.* § 235.

(8) Savigny I, § 26; Demangeat, p. 325 á 337. Maynz II, § 186 nota 19; § 163 A, 2° y notas 30 y 31.—Tal parece ser el criterio del legislador mexicano art. 1741 del Cód. civ. del D. F.

mos dado la preferencia á un cuarto sistema (1). Las dos primeras opiniones tienen en su contra el texto de la Novella 99; Justiniano no habla sino de una deuda contraída en interés común de todos los obligados y con cláusula de solidaridad (2). En lo que concierne á la tercer teoría, se pregunta con qué objeto dos personas podrían ser inducidas á obligarse solidariamente y de una manera principal y como cauciones (3). No se conprende tampoco que el acreedor tenga menos derecho contra los deudores solidarios que fueran además cauciones recíprocas, que contra simples deudores solidarios; y tal es el resultado á que van á dar los que restrinjen la Novella 99 y su beneficio de división á los deudores solidarios constituidos en cauciones recíprocas.

B) 1.—El deudor solidario demandado por el todo, dispone también del beneficio de cesión de acciones. Puede, como condición de pago, exigir del acreedor la cesión de las acciones que le pertenecen en razón de la deuda (4). La cesión debe ser reclamada antes de la consumación del pago; después de que éste se ha efectuado, las acciones del acreedor se extinguen y no pueden por tanto ser ya cedidas (5). Pero para que el deudor solidario goce del beneficio de cesión de acciones, es preciso que tenga un recurso contra sus coobligados ó al menos que este recurso no le sea directamente rehusado. En el primer caso, la cesión de acciones le será útil si el acreedor tiene una hipoteca; su recurso contra sus codeudores se encontrará así garantizado (6). En el segundo caso,

(1) Vangerow III, § 573.

(2) *Novella* 99, cap. 1.

(3) *Dig.* lib. 45, tit. 2, l. 11 y 1.

(4) *Dig.* lib. 19, tít. 2, l. 47; *Id.* lib. 21, tít. 2, l. 65; *Id.* lib. 27, tít 3, l. 1, § 13, 14 y 18; *Cód.* lib. 4. tít. 65, l. 13, § 1.—L. L. 11 y 12 tít. 12, Partida 5ª.—Arts. 1407 y 1615 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(5) *Cod.* lib. 8, tít. 40, l. l. 11 y 14; § 1 y 2.—Sin embargo, respecto de los cotutores; véase *Dig.* lib. 27, tít. 3, l. 5. § 13.—Arts. 1407, 1614 y 1615 del Cód. civ. del D. F. de México.—Respecto de los cotutores. *Contra*: art. 407 del Cód. civ. cit.

(6) *Dig.* lib. 21, tít. 2, l. 65; *Cód.* lib. 4, tít. 65, l. 13, § 1.

se creara un recurso por la cesión de acciones del acreedor [1].

II.—Si la prescripción es interrumpida respecto de uno de los deudores solidarios, particularmente por la citación judicial ó por el reconocimiento de la deuda, la interrupción daña á todos los demás (2), y la interrupción operada respecto de uno de los acreedores solidarios aprovecha á todos los otros (3). En efecto, á consecuencia de la solidaridad, la interrupción de la prescripción entre uno de los deudores y uno de los acreedores solidarios afecta á toda la obligación, y siendo ésta la misma para los demás deudores ó acreedores, la interrupción debía también valer á su respecto. Cuando la obligación solidaria se ha dividido entre varios herederos de uno de los deudores ó de uno de los acreedores, la interrupción operará también respecto de todos los interesados en el caso en que ella se verifique entre uno de los deudores solidarios supérstites y el acreedor común, ó bien entre uno de los acreedores solidarios todavía vivos y el deudor común. Pero si ella se verifica entre uno de los herederos de un deudor solidario y el acreedor común, ó bien entre uno de los herederos de un acreedor solidario y el deudor común, no operará de ninguna manera respecto de los demás herederos, que se encuentran colocados en una relación obligatoria distinta, y no tendrá efecto respecto de los demás deudores ó acreedores solidarios sino en cuanto á la parte común de la obligación. Por el contrario, si la prescripción se suspende respecto de uno de los acreedores solidarios, no corre menos contra los otros; la suspensión de la prescripción respecto de un acreedor constituye una ventaja personal (4).

---

(1) Maynz, II, § 186; *Contra*. Savigny, I, § 23 y 25 Demangeat, p. 225 á 267.

(2) *Cód.* lib. 8, tít. 39, l. 4. Art. 1398 del cód. civ. del D. F. de México.

(3 *Id. Id.*

(4) *Non obstat*: *Dig.* lib. 8, tít. 6, l. 10; Savigny, I, § 19, 12° y Demangeat, p. 424.

III.—Cuando hay inejecución de la obligación solidaria por culpa de uno de los deudores, es evidente que este último debe solidariamente y de una manera plena y entera los daños y perjuicios (1). Pero, en nuestra opinión, los codeudores no culpables no quedan libres de su obligación solidaria, como si desde su punto de vista la cosa hubiera perecido accidentalmente. Por sólo que varios se comprometen á pagar la misma deuda como deudores solidarios principales, se obligan también á pagarla para el caso en que la cosa debida viniera á perecer por la culpa de uno de ellos; esta culpa no podría ser para los deudores no culpables una causa de liberación. (2). Sin embargo, ellos no deben pagar sino la estimación de la deuda y no los daños y perjuicios propiamente dichos que exceden de esta estimación. Si, pues, la cosa que era objeto de la obligación, tenía un valor de 1,000, los deudores no culpables no estarán obligados más allá de 1,000. aunque el total de los daños y perjuicios se eleve á 1,200. Nos parece que esta solución es la única jurídica. La obligación de pagar los daños y perjuicios á un acreedor está subordinada á la condición esencial de que el deudor haya cometido alguna culpa y en el caso ésta no existe. En vano se objetaría la solidaridad de la obligación; todo lo que se puede deducir de esto, es que los deudores no culpables están obligados á dar en pago solidariamente la misma cosa debida ó bien su equivalente, su estimación. Poco importa también la culpa del codeudor; ella produce sus efectos ordinarios para el culpable; pero no puede tener razonablemente por consecuencia agravar la posición de los demás obligados; ella no puede tener sino un efecto forzoso: la conversión de

(1) Arg. *Dig.* lib. 22, tít. 1, lib. 32. § 4.

(2) A la verdad, si la cosa debida perece por culpa del fiador, el deudor principal queda libre. Pero esta regla se explica por el carácter accesorio de la fianza; no puede decirse que el deudor que da una caución, se obligue á pagar á pesar de la culpa de la caución [Véase antes en esta obra § 33, I.]

la deuda primitiva en una deuda pecuniaria equivalente (1). La doctrina moderna está lejos de haberse fijado sobre este punto. Mientras que unos enseñan que los daños y perjuicios son debidos sin restricción por los deudores solidarios no culpables (2), otros admiten la liberación completa de estos últimos, como si á su respecto hubiera habido pérdida accidental de la cosa (3). Nosotros defendemos una opinión intermediaria; la persistencia de la obligación solidaria para los deudores no culpables en los límites del valor de la cosa debida. Del mismo modo, si uno de los deudores solidarios es constituído en mora, soportará todas las consecuencias de ella, y particularmente estará obligado á pagar los intereses moratorios (4). En cuanto á sus coherederos, continuarán obligados como antes. Luego no deberán pagar intereses moratorios (5). Pero deberán la estimación de la cosa que perece accidentalmente en poder del deudor en mora, si ella no hubiere perecido en poder del acreedor ó bien si éste la hubiera vendido antes de su pérdida. La razón es que, en los dos casos, la culpa del deudor en mora causa un daño al acreedor, porque ella lo priva de la cosa de una manera absoluta ó bien desde el punto de vista de la venta y de sus ventajas (6). Ahora bien, esta culpa no podría tener por efec-

---

(1) Sin duda, cuando la cosa debida perece por culpa del deudor principal, el fiador está plenamente obligado á los daños y perjuicios; pero no es esta sino una aplicación de la regla de que lo accesorio sigue la condición de lo principal.

En lo que concierne á los textos, podemos invocar la analogía de la mora; si uno de los deudores solidarios se constituye en mora, él solo debe los intereses moratorios. [*Dig.* lib. 22, tít. 1, l. 32, § 4, *Id*, lib. 50, tít. 17, l. 173, § 2].

(2) En este sentido Savigny, I, § 18 A.; Molitor II, núm. 1176; Maynz II, § 186, p. 72 y 73.

(3) Winscheid, II, § 295.

(4) *Dig.* lib. 50, tít. 17, l. 173, § 2.

(5) *Dig* lib. 22, tít. 1, l. 32, § 4.

(6) Véase antes en esta obra § 21, I, 1°.

to libertar á los codeudores; por la naturaleza de la solidaridad, se presume que cada uno de ellos se ha obligado á pagar la deuda, aun cuando el acreedor fuera privado de la cosa debida por la culpa de un codeudor. (1). Pero si ha sido estipulada una pena para el caso de inejecución de la obligación y uno de los deudores falta, la pena es debida sin restricción por todos los deudores, comprendidos en éstos aquellos á quienes no se puede reprochar ninguna culpa. Es el efecto natural de la convención de las partes; cada deudor ha prometido la pena entera para el caso de inejecución de la obligación; luego aun cuando la inejecución fuera imputable á un coobligado (2).

IV.—La extinción de la obligación solidaria para uno de los deudores ó de los acreedores, aprovecha á todos los demás deudores ó daña á todos los demás acreedores. Es ésta también una consecuencia de la unidad de la relación obligatoria; siendo la obligación la misma para todos, desde el momento que ella es extinguida para uno de los deudores ó acreedores, debe serlo para todos. Esta regla supone naturalmente que la deuda misma se ha extinguido, de una manera objetiva. Ella no es aplicable á los modos de extinción personales de uno de los deudores ó de los acreedores; tales modos de extinción no pueden producir sino una liberación personal. En definitiva, será preciso preguntarse en cada caso particular si la extinción tiene un carácter real ó un carácter personal.

1º—El pago de la deuda por parte de uno de los deudores solidarios ó bien á uno de los acreedores solidarios, tiene efecto respecto de todos los deudores ó acreedores; hay aquí evidentemente extinción objetiva de la deuda (3). Es

---

(1) En este sentido Molitor, II, núm. 1177.

(2) *Dig.* lib. 45, tít. 2, l, 18. Molitor, II, núm. 1176.—Art 1406 del Cód. civ. del D. F. de México.

(3) *Inst.* lib. 3, tít. 16, § 1; *Id.* lib. 3, tít. 29.

preciso decir otro tanto de la dación en pago (1) y de la consignación de la cosa debida (2).

2º—La aceptilación hecha á uno de los deudores ó por uno de los acreedores solidarios, tiene el mismo efecto, porque reposa sobre la idea de un pago ficticio (3). Cuando, por una simple convención liberatoria, por un *pactum de non petendo*, la deuda es remitida á uno de los deudores solidarios, hay lugar á distinguir. Si los demás deudores gozan de un recurso contra aquel á quien la rescisión ha sido acordada, ellos también son admitidos á prevalerse de la convención liberatoria, pues de otra manera ella no aprovecharía ni aun al deudor liberatado; estaría sometido á un recurso por parte de sus coobligados, después de que éstos hubieran debido pagar al acreedor; el interés mismo del deudor liberado exige, pues, extender á todos el beneficio de la remisión (4). Sin embargo, nada impide al acreedor acordar una liberación puramente personal; puede reservar sus derechos contra los demás deudores. Entonces se debe entender la remisión en el sentido de que el acreedor remite solamente al deudor la parte que este último debe soportar en la deuda solidaria, y por consiguiente conserva el derecho de demandar solidariamente á los coobligados, hecha deducción de esta parte. Si se permitiera al acreedor demandar sin restricción á los coobligados, éstos ejercitarían su recurso contra el deudor liberado, el cual no se aprovecharía de la remisión. Mediante la deducción mencionada, los coobligados que pagan el resto, no tendrán recurso contra el deudor liberado, puesto que no habrán pagado su parte (5). Pero si los demás deudores no

(1) *Arg.* de la *Inst.* cit.

(2) *Dig.* lib. 17, tít. 1, l. 56; § 1.—Art. 1411 del Cód. civ. del D. F. de México

[3] *Dig.* lib. 45, tít. 2, l. 2; *Id.* lib. 46, tít. 4, l. 13, § 12 y l. 16.

(4) La remisión otorgada al deudor principal, aprovechará, pues, á su fiador. *Dig.*, lib. 2, tít. 14, l. 21, § 5 y l. l. 24, 25 y 32.

(5) En este sentido Demangeat p. 235 á 237 y 301 á 303 y 425. *Dig.*, lib. 2, tít. 14, l. 22.

disponen de ningún recurso contra aquel á quien la remisión ha sido otorgada, hay que atenerse á la regla fundamental de que las convenciones no tienen efecto sino entre las partes contratantes, porque no existe ningún motivo para alejarse de ella (1). Por la misma razón, la convención liberatoria verificada entre el deudor y uno de los acreedores solidarios, no puede ser opuesta jamás á los otros acreedores (2); el deudor quedará, pues, obligado hacia estos últimos á un pago íntegro. Pero si el acreedor que ha otorgado la remisión goza de un recurso contra sus coacreedores, deberá ceder su recurso al deudor liberado ó bien tomar en cuenta el producto de su recurso; queda sometido por este motivo á una acción *in factum*. En efecto, la convención liberatoria no permite al acreedor que la ha consentido, obtener también una ventaja de la deuda (3).

3° La compensación regularmente *opuesta* por uno de los deudores solidarios ó á uno de los acreedores solidarios, aprovecha á todos los demás deudores ó daña á todos los demás acreedores. En efecto, la compensación opuesta implica la idea de un pago recíproco; equivale á un pago de la deuda solidaria, y desde entonces debe tener el mismo resultado. Si, pues, el acreedor á quien uno de los deudores solidarios ha opuesto la compensación, demanda más tarde al otro deudor, éste invocará, no ya la compensación en nombre de otro, sino la extinción de la deuda solidaria y será lo mismo cuan-

---

(1) La remisión consentida á un fiador no aprovechará, pues, al deudor principal (*Dig.*, lib. 2, tít. 14, l. 39). Hay excepción cuando el deudor liberado ha estipulado también para sus codeudores (*Dig. eod*, l. 25, § 2, y l 26).

(2) *Dig. eod*, l. 21, § 5, l. 27; *Arg. Dig.*, lib. 46, tít. 3, l. 93. *Non obstat Dig.*, lib. 4, tít. 8, l. 34. Esta ley no permite de ninguna manera oponer el compromiso al acreedor solidario que no ha intervenido en él.

(3) *Arg. Dig.*, lib. 4, tit. 4, l. 34; *Id.*, lib. 34, tít. 3, l. 3, § 4; *Cód.*, lib 2, tít. 4, l. 1; *Dig.*, lib. 2, tít. 15, l. 7, § 1; *Id.*, lib. 46. tit. 1, l. 68, § 2, *Arg. Dig.*, lib. 4, tít 8, l. 34.—Art. 1408 del Cód. Civ. del D. F. de México.

do el deudor, después de haber compensado á uno de los acreedores solidarios, es demandado por otro acreedor (1]. Pero si el acreedor demanda desde luego á un deudor solidario que no tiene crédito recíproco contra él, ¿puede compensar con un crédito de su codeudor contra el acreedor común? Es preciso distinguir si hay ó no un recurso contra el codeudor. En el primer caso es admitido á compensar por su parte recursoria, porque por esta parte, no hay á la verdad sino una simple caución de su coobligado; ahora bien, la caución dispone de todos los medios de defensa del deudor principal; luego también del derecho de compensar con los créditos de este último (2). En el segundo caso, la compensación es excluída, porque en principio no se puede compensar con el crédito de un tercero (3). Del mismo modo el deudor demandado por uno de los acreedores solidarios, es admitido á compensar con un crédito recíproco contra otro acreedor solidario, en los límites del recurso de éste contra el demandante; en estos límites, el demandante hace valer en realidad el crédito de su cointeresado, y por consiguiente, es justo que él sufra la compensación en su lugar (4). A falta del recurso mencionado, se aplica la regla de que no se puede compensar con créditos contra terceras personas (5).

4° La novación de la deuda solidaria extingue ésta respecto de todos los deudores ó acreedores solidarios, sea que haya sido concluída por el deudor común con uno de los acreedores, ó por el acreedor común con uno de los deudores, ó aún por el acreedor ó uno de los acreedores con una tercera persona. En efecto, substituyendo la novación una deu-

---

(1) *Arg*, *Dig*., lib. 20, tít. 4, l. 4.

(2) *Dig*., lib. 45, tít. 2, l. 10.—Art. 1583 del Cód civ. del D. F. de México.

[3] *Dig*., lib. 45, tít. 2, l. 10.—Art. 1583 del Cód. civ. del D. F. de México.

[4] *Dig*. lib. 16, tít. 2, l. 9.—Maynz, II, § 291, nota 23. *Contra:* Savigny, I. § 18, B, 4°; Demangeat, p. 283 y 284 y Desjardins, *De la compensat.* p. 98, núm. 25.—Art. 1584 del Cód. civ. del D. F. de México.

[5] *Arg. Dig.*, lib. 45, tít. 2, l. 10.—Art. 1584 del Cód. civ. cit.

da nueva á la antigua, aniquila ésta de una manera objetiva (1). Las partes que hacen la novación, no podrían ni aún convenir en que los codeudores de la antigua deuda estarán obligados á la nueva; esta convención especial no impide que la novación libre á los coobligados, y ella no puede serles opuesta, porque no han intervenido en ella (2). Pero nada impide hacer la novación bajo la condición de que los coobligados accederán á la nueva deuda, en cuyo caso, si no acceden, faltará la condición añadida á la novación; se reputará ésta como no verificada y la antigua deuda no habrá sido jamás extinguida (3). Como en el derecho clásico la *litis constestatio* implicaba una novación necesaria, tenía el mismo efecto que la novación convencional (4); pero el nuevo derecho romano no conoce ya esta novación (5).

5° Cuando la deuda solidaria se extingue por confusión entre uno de los deudores y el acreedor común, supóngase que el acreedor se ha hecho el heredero de un deudor, es necesario para determinar el efecto de esta extinción respecto de los otros deudores, distinguir si el deudor á quien el acreedor ha sucedido, estaba sometido ó no á un recurso de parte de sus coobligados. En el primer caso, el deudor atacado por el acreedor no está obligado á pagarle sino hecha deducción del monto del recurso á que el acreedor estuviera so-

---

[1] *Dig.* lib. 46, tít. 2, l. 31, § 1; *Cód.* lib. 8, tít. 41, l. 8; *Dig.* lib. 16, tít. 1, l. 20; *Id.* lib. 46, tít. 1, l. 60; *Cod.* lib. 8, tít. 40, l. 4 —Savigny, I, § 18, B. 6°, p. 173 á 176; Demangeat, p. 303 á 311; Maynz, II, § 294, nota 5; Arts. 1409–1614 y 1615 del Cód. civ. del D. F. de México.—Sentencia del Juzgado 2° civil del D. F. de México de 25 de Julio de 1861 (Gaceta de Trib. tomo 2, p. 61)

(2) *Cód.* lib. 8, tít. 40, l. 4.—Art. 1615 del Cód. civ. del D. F. de México.

[3] *Dig.* lib. 46, tít. 2, l. 14.—Art. 1608 del Cód. civ. del D. F. de México.

(4) Gayo, III, 180 y 181; IV, 106 y 108; *Cód* lib. 8, tít. 40, l. 28.

[5] Savigny, I, § 19; Maynz, II, § 186, nota 16; *Contra*: Molitor, II, núm. 1179 y Demangeat, p. 83 y 84.

metido en su calidad de deudor, si recibía un pago íntegro; en efecto, si el acreedor recibía la totalidad de la deuda, debería después de haber recibido con una mano el monto del recurso mencionado, restituirlo inmediatamente con la otra; hay, pues, lugar á comenzar en los límites del recurso (1). Por el contrario, en el segundo caso, el deudor solidario demandado por el acreedor, debe pagar la deuda entera; hay que atenerse á la regla de que la reunión sobre la misma cabeza de las calidades de deudor y de acreedor no extingue la deuda sino en tanto que de allí resulta una imposibilidad de pagar; ahora bien, en el caso, un pago es posible entre los deudores solidarios supérstites y el acreedor hecho heredero del deudor muerto (2). Del mismo modo, cuando la deuda solidaria se extingue por confusión entre uno de los acreedores y el deudor común, supóngase que este último se ha hecho el heredero de uno de los acreedores, los demás no tienen acción contra el deudor común sino hecha deducción del monto del recurso á que están sometidos de parte del deudor en su calidad de coacreedor solidario (3).

6º La prescripción de la deuda solidaria aprovecha á todos los deudores ó daña á todos los acreedores, porque afecta á la obligación misma, salvo lo que se ha dicho antes de la suspensión de la prescripción (4).

7º Es preciso decir otro tanto de la sentencia de absolución dictada en favor de uno de los deudores solidarios (5), ó contra uno de los acreedores solidarios (6), y de la prestación del juramento decisorio de parte de uno de los deudo-

---

[1] *Dig.* lib. 46 tít. 1, l. 71; *Id.* id., l. 21, § 3 —Art. 1602 del Cód. civ. del D. F. de México.

(2) *Dig.* lib. 46, tít. 1, l. 21, § 3 y l. 71.

(3) Arg. *Dig.* lib. 46, tít. 1, l. 21, § 3, y l. 71.

(4) Arts. 1073 y 1074 del Cód. civ. del D. F. de México.—Véase antes en este párrafo núm. II.

(5) *Dig* lib. 12, tít. 2, l. 42, § 3; *Id.* lib 44, tít. 1, l. 7 § 1.

(6) Arg. *Dig.* lib. 12, tít. 2, l. 42, § 3.

res (1) ó respecto de uno de los acreedares (2), á menos que la sentencia ó el juramento haya sido dado sobre la deuda misma; pero solamente sobre si tal era deudor ó acreedor (3). En efecto, por su naturaleza, estos modos de extinción de la obligación no tienen ningún carácter personal (4).

8º El caso fortuito libra también á todos los deudores solidarios ó respecto de todos los acreedores solidarios; él no encierra nada de personal (5).

9º Pero cuando uno de los deudores solidarios se hace restituir *in integrum* contra su deuda, por ejemplo, por causa de minoridad, sus coobligados quedan tales; la restitución *in integrum* constituye una liberación puramente personal (6).

10º Del mismo modo, conforme al antiguo derecho romano, cuando uno de los deudores solidarios quedaba libre por una pequeña diminución de cabeza (7), tal como una adrogación (8) ó una emancipación (9), sus codeudores quedaban obligados. Se trata evidentemente aquí de una liberación personal (10). Pero ya el derecho pretoriano había quitado su valor práctico á la extinción de la obligación por causa de una pequeña diminución de cabeza, acordando la restitución *in integrum* al acreedor del *capite deminutus* (11), y en la le-

---

(1) *Dig. eod.* l. 28, § 1 y 3 y l. 42, § 3.

(2) *Dig. eod.* l. 28.

(3) *Dig. eod.* l. 28, § 1 y l. 42.

(4) *Dig. eod.* l. l. 27 y 28, *Contra*: respecto de la sentencia de condenación, Arg. *Cód.* lib. 8, tít. 40, l. 28.

(5) Para el caso de culpa ó de mora de uno de los deudores solidarios, véase el núm. III de este párrafo.

(6) *Dig.* lib. 44, tít. 4, l. 48; Arg. *Dig. eod.* l. 13.

(7) Gayo, IV, 38; Arg. *Dig.* lib. 4, tít. 5. l. 2, § 1.

(8) Gayo, III, 84 y IV, 38.

(9) Arg. Gayo, IV, 38 y *Dig.* lib. 4, tít. 5, l. 25, y l. l. 2 § 1, 8 y 9.

(10) *Dig.* lib. 45, tít. 2, l. 19.—Arg. art. 1411 del Cód. civ. del D. F. de México.

(11) Gayo, III, 84 y IV, 38.

gislación de Justiniano, la deuda subsiste de pleno derecho (1).

V.—El acreedor puede renunciar á la solidaridad (2). Esta renuncia deja subsistir la deuda; pero como deuda no solidaria. Ella es, pues, bien distinta de la remisión de la obligación. Puede, por lo demás, ser expresa ó tácita (3); pero como cualquiera otra renuncia no podría presumirse (4) y debe ser extrictamente interpretada. Se sigue de aquí que el simple hecho de recibir ó de reclamar de uno de los deudores solidarios la propia parte en la deuda, no puede ser considerado como una renuncia á la solidaridad; es posible que el acreedor no haya entendido recibir ó reclamar la parte del deudor, sino á título de cuenta (5). Es necesario que el acreedor haya declarado, además, que recibía ó reclamaba el pago parcial por la parte del deudor en la deuda. Del mismo modo, el acreedor que renuncia á la solidaridad por los intereses, no renuncia por esto á la solidaridad por el capital, y si él se limita á recibir divisoriamente los intereses vencidos, por la parte del deudor; conserva, además, la ventaja de la solidaridad en cuanto á los intereses por vencer. En fin, la remisión de la solidaridad en favor de uno de los deudores, no priva al acreedor de la solidaridad respecto de los otros. Sin embargo, el acreedor no puede demandar á los otros deudores, sino hecha deducción de la porción de la deuda que incumbe al deudor librado de la solidaridad, al menos si este deudor está sometido á un recurso de sus coobligados. En efecto, el acreedor le ha remitido la solidaridad con sus consecuencias naturales; ahora bien,

---

(1) *Inst.* lib. 3, tít. 10, § 3.—Maynz, I, § 74, 5°.

(2) *Cód.* lib. 2, tít. 3, l. 18.

(3) Arg. l. 18, cit.

(4) Arg. *Dig.* lib. 30, *de leg.* I, l. 8 §1.—Art. 1307 del Cód. civ. del D. F. de México.

(5) L. 8, § 1 cit.; *Dig.* lib. 45, tít. 2, l. 11.—Art. 1404 del Cód. Civ. del D. F. de México.

un deudor no solidario no sufre recurso de parte de los otros deudores; el único medio de prevenir este recurso era forzar al acreedor á deducir la parte del deudor librado de la solidaridad (1).

§ 53. DEL RECURSO Á QUE LA SOLIDARIDAD DA LUGAR.

1° En principio, el deudor solidario que paga al acreedor, tiene un recurso contra sus codeudores, siempre que la deuda les ha aprovechado y en la medida del provecho que han obtenido. Nada más natural que este principio; en lo que concierne á las relaciones de los codeudores solidarios entre sí, cada uno es, en realidad, deudor de la ventaja que la deuda común le ha proporcionado (2). Resulta de aquí que unas veces el recurso existirá, y otras no, y en el caso en que exista, su monto será necesariamente variable. Si una deuda de 1,000, contraída solidariamente por A y por B, ha aprovechado por 500 á cada uno de ellos, aquel que pagare la deuda entera, tendrá un recurso de 500 contra el otro. Pero si la misma deuda ha aprovechado por 700 á A y por 300 á B, pagando A el todo, no tendrá sino un recurso de 300 contra B; mientras que pagando B el todo, gozará de un recurso de 700 contra A. Si la deuda había aprovechado exclusivamente á A, habría que rehusarle todo recurso y otorgar uno íntegro á B. Más frecuentemente sucederá esto con motivo de la existencia de una sociedad entre los coherederos solidarios y en que la deuda hubiera aprovechado á todos; cada uno habrá obtenido una ventaja proporcionada á su parte social; por ejemplo, los socios habrán tomado prestado dinero en vista de la sociedad (3). Peró la ventaja común se encontra-

(1) Arg. Art. 1405 del Cód. Civ. del D. F. de México.
(2) *Cód.* lib. 8, tít. 39, l. 1.—Art. 1407 del Cód. civ. del D. F. de México.
(3) Arg. *Dig* lib. 2, tít. 14, l. 21, § 5, y l. 25; *Dig.* lib. 34, tít. 3, l. 3, § 3, *Id.* lib. 35, tít. 2, l. 62 y 63.

rá también en otras circunstancias (1). Sin ser socios A y B, pueden haber tomado prestada una suma de 1,000 por cuenta común y haberla dividido de una manera igual ó desigual. Suponiendo que A se haya obligado solidariamente con B; pero á su solicitud, únicamente para determinar al acreédor á hacer el préstamo y sin haber obtenido ninguna ventaja personal, podrá, después del pago de la deuda, ejercitar un recurso por el todo contra B, mientras que estará al abrigo de un recurso de B (2). Entre cotutores y cocuradores, así como entre magistrados colegas, no existe comunidad de intereses, desde el punto de vista de la deuda á que están solidariamente obligados; pero hay aquí una comunidad de culpa, y por tanto, se admite igualmente el recurso (3). Por el contrario, entre codelincuentes, no existe ninguna especie de comunidad á los ojos de la ley; no hay comunidad de delitos; el recurso carece, pues, de base; aquel de los codelincuentes que paga íntegramente los daños y perjuicios debidos en razón del delito, soporta solo este pago (4). A falta de toda comunidad entre codeudores solidarios, el recurso podrá todavía resultar de otra relación obligatoria que se habrá formado entre ellos, y particularmente de un mandato ó de una gestión de negocios; sobre este fundamento habrá á veces lugar á un recurso entre cofiadores (5). En fin, el uso del beneficio de cesión de acciones creará á veces un recurso entre codeudores solidarios, por ejemplo, entre cofiadores (6). Pero el deudor solidario atacado por el acreedor no

(1) *Cód.* lib. 8, tít. 39, l. 1 é *Id.* lib. 4, tít 65, l. 13.

(2) *Dig.* lib. 14, tít. 6, l. 7, § 1.

(3) *Dig.* lib. 3, tít 5, l. 29; *Id.* lib. 27, tít. 3, l. 1, § 13; *Cód.* lib. 5, tít. 44, l. 4; *Id.* lib. 5, tít. 58, l 2; *Dig.* lib. 9, tít. 3, l. 4 —En cuanto al dolo: *Dig.* lib 3, tít. 5, l. 29; *Id.* lib. 27, tít. 3, l. 1, § 14.

(4) *Dig* lib. 27, tit. 3, l. 1, § 14.—*Contra*: Arts. 350, 352 y 354 del Cód. Penal del D. F. de México.

[5] Véase antes en esta obra § 34, 2° y también *Dig.* lib. 3, tit. 5, l. 29.

(6) *Id. Id.*

puede jamás reclamar la cesión de sus acciones para crearse un recurso directamente rehusado, ya porque él solo se ha aprovechado de la deuda, ya porque un delito ha sido cometido por varios, ora en razón de las relaciones obligatorias existentes entre las partes; el beneficio de cesión de acciones no podría servir para eludir las reglas sobre el recurso entre codeudores solidarios; él puede solamente completar estas reglas (1). Si uno de los deudores sometidos al recurso es insolvente, su parte contribuyente se reparte entre todos los demás cuando existe una relación de sociedad entre los codeudores; conforme al contrato social, esta pérdida, como cualquiera otra, causada por la gestión de los negocios comunes, debe ser soportada por los coasociados en proporción de sus partes respectivas en las pérdidas (2). Pero, á falta de un contrato de sociedad, la insolvencia recae exclusivamente sobre el deudor que ha pagado al acreedor; ningún motivo jurídico obliga á sus coobligados á intervenir en esta pérdida. En lo que concierne á las acciones por las cuales se ejercita el recurso, son ante todo, las que nacen de las relaciones obligatorias existentes entre partes, como la acción *pro socio* (3), la acción *communi dividundo* (4), la acción *familiæ erciscundæ* (5), la acción contraria de mandato ó de gestión de negocios (6). El deudor solidario que ha usado del beneficio de cesión de acciones para crearse un recurso ó para garantizarlo, puede ejercitar las acciones del acreedor cuya cesión ha obtenido, por ejemplo,

---

(1) *Dig.* lib. 21, tít. 2, l. 65; *Id.* lib. 19, tít. 2, l. 47; *Cód.* lib. 4, tít. 65 l. 13; *Id.* lib. 27, tít. 3, l. 1, § 13. Maynz, II, § 186.—*Contra*: Savigny, I, § 23 y 25 y Demangeat, p. 225 á 267.

(2) Arg. *Dig.* lib. 17, tít. 2, l. 67.

(3) *Dig.* lib. 9, tít. 3, l. 4; *Id.* lib. 4, tít. 3, l. 14.

(4) L. 14, *initio* cit.

(5) *Dig.* lib. 21, tít. 2, l. 65.

(6) *Dig.* lib. 3, tít. 5, l. 29.

la *actio mutui* ó la acción hipotecaria (1). En todos los casos habrá lugar á una acción *in factum*.

2° Del mismo modo, cuando uno de los acreedores solidarios ha recibido el pago íntegro de la deuda, está sometido á un recurso de parte de sus coacreedores, si, según las circunstancias, el pago debía aprovecharles y en la medida del provecho que debían obtener. Así, mientras que entre codeudores solidarios es decisivo el provecho que cada uno de ellos ha obtenido de la deuda, entre coacreedores solidarios lo es el provecho que el pago debía procurar á cada uno. A y B prestan 1,000 con estipulación de solidaridad activa. Si cada uno ha contribuído con 500 en el préstamo, aquel que recibiere el pago de los 1,000, deberá restituir 500 al otro; habiendo prestado 500 cada uno, es claro que el pago debe aprovechar á cada uno por 500. Si A ha contribuído al préstamo por 700 y B por 300, el recurso de A contra B será de 700 y el de B contra A solamente de 300. Si todos los fondos prestados pertenecían á A, él tendría un recurso de 1,000 contra B, y éste no tendría ninguno contra A. Aquí igualmente el recurso existirá, sobre todo, en el caso de sociedad (2), aunque pueda muy bien producirse fuera de un lazo de sociedad. Se ejercitará también por las acciones que nacen de las relaciones obligatorias existentes entre partes: acción *pro socio*, acción *communi dividundo*, acción *familiæ esciscundæ*, acción directa de mandato ó de gestión de negocios: subsidiariamente habrá lugar á una acción *in factum*.

§ 54. DE LA PRETENDIDA DISTINCIÓN ENTRE LA SOLIDARIDAD Y LA CORREALIDAD.

I. Según una teoría que ha sido sostenida la primera vez al principio del siglo XIX; pero que en nuestros días domina

(1) *Cód.* lib. 4, tít. 65, l. 13; *Dig.* lib 27, tít. 3, l. 1, § 13; *Id.* lib. 9 tít. 3, l. 4.

(2) Arg. *Dig.* lib. 35, tít. 2, l. 62.—Art. 1400 del Cód. civ. del D. F. de México.

completamente, la noción de la solidaridad afectaría dos formas diferentes. El derecho romano conocería una obligación solidaria correal, llamada también obligación correal, y una obligación solidaria simple ó sin correalidad; Savigny denomina esta última una obligación correal impropia. La obligación correal se caracterizaría por la unidad del lazo obligatorio, mientras que en la obligación solidaria simple habría una pluralidad de deudas, tantas como deudores ó acreedores; cada uno estaría colocado en una relación obligatoria distinta; solamente que todas estas deudas tendrían el mismo objeto, y por tanto quedarían extinguidas por un pago único. Las obligaciones solidarias simples tendrían toda su fuente en la ley (1). Ellas se encontrarían entre los codelincuentes desde el punto de vista de la reparación del daño causado por el delito, entre cotutores ó magistrados colegas, entre varias personas que han dado un mandato en interés de un tercero; entre aquellos que se obligan en común por una convención cualquiera en cuanto á los daños y perjuicios debidos en razón de una culpa común; entre muchos habitantes de la misma casa desde el punto de vista de la acción de *effusis vel dejectis* (2). Esta solidaridad simple se separaría de la correalidad bajo las relaciones siguientes:

1º En principio los deudores simplemente solidarios no gozarían del beneficio de división, porque, si uno de ellos es demandado por el todo, el acreedor no le demanda sino el pago de su propia deuda (3). Pero se está forzado á reconocer que, á pesar de este motivo, el beneficio de división del derecho clásico pertenece á los cotutores y á los comandantes en el interés de un tercero.

2º La interrupción de la prescripción respecto de uno de los deudores simplemente solidarios no tendría efecto respec-

(1) Molitor, I, núm. 257.
(2) *Id. Id.*
[3] *Novella* 99, cap. 1.

to de los otros, todavía en razón de la diversidad de deudas.

3° Cuando uno de los deudores simplemente solidarios falta á su obligación, él solo debería pagar los daños y perjuicios; sus codeudores quedarían libres. Siendo distinta su obligación, se extinguiría por un caso fortuito.

4° La extinción de la obligación simplemente solidaria entre el acreedor y uno de los deudores, no libraría á los otros sino en el tanto en que el acreedor ha sido satisfecho; mediante esta satisfacción, todas las deudas se extinguirían como teniendo el mismo objeto. Pero si el acreedor no ha sido satisfecho, subsistirían las deudas distintas de los otros deudores. No aprovecharían, pues, á los codeudores la aceptilación, la cosa juzgada, el juramento decisorio, la novación en tanto que la nueva obligación tuviera menos extensión que la antigua. En lo que concierne á la *litis contestatio*, ya en el derecho clásico ella no habría procurado sino una liberación personal (1).

5° En fin, entre codeudores simplemente solidarios el recurso sería de derecho, salvo el caso de dolo. En efecto, el deudor que paga toda la cosa, pagaría á la vez su deuda y las de sus coobligados; gestionaría, pues, el negocio de estos últimos, y por tal motivo adquiriría contra ellos la acción contraria de gestión de negocios (2).

II. Cualquiera que sea el crédito de que goce hoy esta doctrina, la consideramos mal fundada. Ya la noción misma de la solidaridad simple nos parece inaceptable. Si la obligación llamada puramente solidaria comprendiese varias deudas, el pago de una de ellas sería impotente para extinguir las demás; poco importa que tengan el mismo objeto; esta identidad de objeto no justifica su extinción, no más que en el caso en que dos personas han prometido separadamente la misma cosa á una tercera, el pago hecho por uno de los deudo-

(1) Paulo, II, 17, § 15; *Dig.* lib. 46, tít. 1, l. 52, § 3.
(2) *Dig.* lib. 3, tít. 5, l. 29.

res no produce la extinción de las dos deudas. Nos parece que la circunstancia de que un solo pago libre á todos los deudores llamados simplemente solidarios, prueba con toda claridad la unidad de la relación obligatoria. En lo que concierne á los textos, ninguno establece *in terminis* la pretendida distinción de la correalidad y de la solidaridad, y ciertamente esta distinción merecía ser mencionada. Hay más: de todos los efectos propios atribuidos á las obligaciones llamadas simplemente solidarias, dos apenas serían, según la teoría dominante, atestiguados por nuestras fuentes. Es cierto que en la época clásica, la *litis contestatio* comprometida entre el acreedor común y uno de los deudores solidarios no libertaba siempre á los otros y particularmente á los comandantes en el interés de un tercero (1). Por otra parte, algunos codeudores, tales como los cotutores, gozaban de una manera general de un recurso los unos contra los otros (2). Estas dos reglas derogan, hay que reconocerlo, el derecho común de la solidaridad; también el primero ha caído en la legislación de Justiniano (3). Pero estas dos reglas del derecho clásico, esta regla única del nuevo derecho romano, no exige en manera alguna la creación de otra teoría. Son simples derogaciones de los principios generales de la solidaridad y ellas se explican fácilmente. ¿Por qué, ya en la época clásica, no se habría podido abandonar, en ciertos casos, la regla de que la *litis contestatio* operaba una novación, á causa de que esta regla era demasiado rigurosa? (4.) Del mismo modo, si se concede un recurso al tutor contra su cotutor, es porque la equidad imponía este recurso (5). No es todo. El sistema que combatimos contiene una inconsecuencia; el beneficio de división es incompatible con la

(1) Paulo, II, 17, § 15; *Dig.* lib. 46, tít. 1, l. 52, § 3.
[2] *Dig.* lib. 3, tít. 5, l. 29; *Id.* lib. 9, tít. 3, l. 4.
(3) *Cód.* lib. 8, tít. 40, l. 28.
(4) Maynz, II, § 186.
(5) Véase antes en esta obra § 53, 1°.

obligación simplemente solidaria, y sin embargo, este beneficio pertenecía á los cotutores y á los comandantes en interés de un tercero, aun en una época en que los codeudores correales no gozaban de él sino de una manera excepcional (1).

SECCIÓN VII.—DE LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES.

§ 55.—De las causas de la indivisibilidad de las obligaciones.

La indivisibilidad de la obligación se refiere á su objeto ó á su forma.

I. En razón de su objeto, la obligación es indivisible cuando la prestación debida por el deudor es indivisible, cuando ella no es susceptible de ser dividida en partes y porciones de la misma naturaleza que la prestación completa. Según esto:

A). Son indivisibles en razón de su objeto:

1º Las obligaciones que tienden á la constitución de una servidumbre indivisible, y todas las servidumbres, el usufructo aparte, son indivisibles; constituirlas en parte, es imposible (2).

2º Las obligaciones que tienen por objeto hechos positivos ó negativos indivisibles. En general los hechos tienen este carácter de indivisibilidad. Un hecho positivo no existe sino cuando existe para el todo; así mientras no es completo, no existe en manera alguna; basta pensar en la construcción una casa (3). Del mismo modo un hecho negativo, una abstención no existe sino cuando hay abstención com-

---

(1) Molitor, I, núms. 256 y 257 y II, núm. 1157 y 1158.—Savigny, I, § 16, nota e.; Accarías, II, núm. 556.—En nuestro sentido: Ortolan, III, núms. 1822 y 1823 y Maynz, II, § 186.

(2) *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 2, § 1 y l. 72; *Id.* lib. 7, tít. 8, l. 19.

(3) *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 72; l. 85, § 2; *Id.* lib. 35, tít. 2, l. 80, § 1.

pleta; una abstención parcial no es una abstención; el hecho negativo que consiste en no turbar á un vecino en el ejercicio de una servidumbre predial, supone la ausencia completa de turbación; es excluído por una turbación cualquiera (1). En particular son indivisibles las obligaciones de construir una casa (2), de arreglar un jardín, de abrir un pozo, de no turbar á un vecino en el ejercicio de una servidumbre predial (3). La obligación de exhibir tiene el mismo carácter; exhibir una cosa es ponerla en presencia del adversario para que la vea (4); ahora bien, una cosa no está verdaderamente en presencia de alguno si no lo está toda entera. Es preciso decir otro tanto de la obligación que tiene por objeto el restablecimiento de un estado de lugares anterior; tal estado no podría ser considerado como restablecido si lo era de una manera incompleta; tal es la obligación que nace de la estipulación *ex operis novi nuntiatione* que tiene por objeto la demolición de una obra nueva (5). En fin, es indivisible la obligación de defender á alguno contra la evicción; una defensa parcial no se comprende; no se es realmente defendido sino cuando se defiende por el todo. Particularmente varios vendedores ó varios herederos de un vendedor único están obligados á defender al comprador contra la evicción, cada uno por el todo; no basta que uno de ellos defienda al comprador por su parte y porción; si el comprador es privado de la parte restante de la cosa, todos los vendedores ó herederos del vendedor han faltado á su obligación, aun aquel que ha defendido por su parte (6). Pero la obligación

(1) *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 85, § 3.

(2) *Dig. eod.* l. 72 initio.

(3) *Dig. eod.* l. 85, § 3.

(4) *Dig.* lib. 10, tít. 4, l. 2.

(5) *Dig.* lib. 46, tít. 5, l. 2, § 1; *Id.* lib. 45, tít. 1, l. 4, § 2.—Arts. 1195 y siguientes del Cód. de Proced. Civ. del D. F. de México.

(6) *Dig.* lib. 21, tít. 2, l. 62, § 1; l. 65; *Id.* lib. 45, tít. 1, l. 85, § 5 y l. 139.

de indemnizar al comprador en razón de una evicción total ó parcial es perfectamente divisible, porque ella recae sobre una suma de dinero; cada vendedor ó heredero del vendedor, no es, pues, responsable en garantía sino por su parte y porción (1).

3° Pueden también ser indivisibles en virtud de una convención expresa ó tácita, las obligaciones que tienen por objeto la entrega de cosas corpóreas (2). Está en poder de las partes hacer indivisibles estas obligaciones naturalmente divisibles, convenir en que ellas se regirán por las reglas de las obligaciones indivisibles; esta indivisibilidad convencional no encuentra ningún obstáculo. Admitimos en el caso una indivisibilidad en razón del objeto de la deuda; á consecuencia de la convención de las partes se forma una verdadera obligación que tiene por objeto un hecho indivisible. (3). Así es cómo, sobre el fundamento de la voluntad tácita de los contratantes, se deben reputar indivisibles la obligación de pagar alimentos y la de pagar una suma de dinero destinada á sacar á alguno de la prisión por deudas; á decir verdad, estas obligaciones tienen por objeto la alimentación ó la liberación del acreedor (4). Del mismo modo, cuando una cosa depositada es físicamente indivisible, y hay, ya varios deponentes, ya varios herederos de un deponente único, la mayoría de los deponentes ó de los herederos del deponente (5) puede reclamar la restitución de toda la cosa depositada (6). Esta indivisibilidad reposa también sobre la voluntad tácita de las partes; el carácter absoluto de la obliga-

---

(1) *Dig.* lib. 45, tít 1, l. 85, § 5 y l. 139; *Cód.* lib. 8, tít. 44, l. 2; *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 4, § 2.

(2) ó sobre cosas incorporeas divisibles ó sobre hechos del nombre divisibles.

(3) Maynz, II, § 192, nota 25.

(4) Maynz, nota 25 cit.

(5) *Dig.* lib. 16, tít. 3, l. 14.

(6) *Dig.* lib. 16, tít. 3, l. 1, § 36 y l. 14.

ción de restituir la cosa depositada la hace indivisible en el sentido indicado; el depositario faltaría á la confianza que se ha puesto en él, si no hiciese sino una restitución de una parte indivisa á uno de los causahabientes; debe restituir la cosa entera de modo que responda á esta confianza (1).

De la misma manera, la obligación de recobrar una cosa vendida que es viciosa ó que no tiene las cualidades prometidas, es indivisible cuando hay muchos compradores ó muchos herederos de un comprador único. Uno de ellos no es admitido á obrar por su parte y porción en rescisión del contrato ó bien en diminución de precio; todos deben obrar en común y por el todo, ya en rescisión, ya en reducción de precio. En efecto, la venta es indivisible; ella debe ser mantenida por el todo ó rescindida también por el todo; ahora bien, si los diferentes compradores ó herederos del comprador pudieran obrar separadamente, sucedería que uno de ellos reclamaría por su parte la rescisión del contrato, mientras que otro lo mantendría, contendándose con una simple diminución de precio (2). En fin, cuando una obligación tiene por objeto la restitución de un cuerpo cierto y ella incumbe á varios de los cuales uno solo tiene la cosa, ella es indivisible respecto de este último. En rigor, él no debería pagar sino su parte. Pero es de notar que está también obligado á hacer tener á sus codeudores sus partes respectivas, ya en virtud del contrato que obliga á la restitución, ya en razón de la comunidad hereditaria; después los codeudores deberían pagar su parte al acreedor. Desde entonces era conforme á la intención de los contratantes que el detentador pudiera ser demandado por el todo, de manera que se simplificara la ejecución de la obligación. Siendo tal el motivo de la regla, ella exige que la restitución tenga por objeto la propiedad, la posesión ó la detentación de la cosa;

(1) *Id. id.*—Pothier, *Pand.* 16.—3, núm. 11.
(2) *Dig.* lib. 21, tít. 1, l. 31, § 5, 7 y 10.—Molitor, I, núm. 499.

pero es inaplicable á las obligaciones de restituir cosas fungibles y á las obligaciones de entregar cualesquiera cosas (1).

La indivisibilidad que se refiere al objeto de la obligación, ¿es esencial ó simplemente natural? La obligación de constituir servidumbres indivisibles es esencialmente indivisible; no se concibe que ella sea dividida, así como tampoco se concibe una porción de una servidumbre indivisible; no está en el poder de las partes derogar esta indivisibilidad de la obligación (2).

En los demás casos, la indivisibilidad resultante del objeto de la obligación no es sino natural; es posible á las partes derogar á esto. Así resulta evidente cuando se trata de una obligación que tiene por objeto cosas corpóreas y que la sola convención ha hecho indivisible. Pero es preciso decir otro tanto de las obligaciones que tienen por objeto hechos indivisibles; nada impide á las partes convenir en que la prestación del hecho se dividirá de determinada manera (3).

B).—Por el contrario, son divisibles en razón de su objeto:

1º Las obligaciones que tienen por objeto la entrega de cosas corpóreas, aun cuando estas cosas no admitan división física, y poco importa que se trate de hacer una dación, es decir, de transferir la propiedad (*dare*), ó de hacer una simple tradición; es decir, de transferir solamente la posesión ó la detentación de la cosa (*tradere*). La obligación de dar un caballo ó una estátua, es tan divisible como la de dar un fundo de tierra, no obstante la indivisibilidad física del caballo y de la estátua (4). Del mismo modo, la obligación de en-

(1) *Dig.* lib. 13, tít. 6, l. 3, § 3.—Molitor, I, núm. 250.
(2) *Dig.* lib. 8, tít. 1, l. 17.
(3) *Non obstat*: *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 72.
(4) *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 54; *Id.* lib. 46, tít. 3, l. 9, § 1.

tregar una cosa corpórea en virtud de una venta, ó de un arrendamiento de cosas, es perfectamente divisible. En efecto, en todos estos casos, es posible un pago parcial; se puede transferir una copropiedad, una coposesión, una codetentación; si la obligación de dar ó entregar el caballo A, comprende dos deudores, cada uno puede transferir al acreedor una mitad indivisa de la propiedad, de la posesión ó de la detentación del caballo A, y el acreedor obtendrá por medio de estos dos pagos parciales, el caballo á que tiene derecho. En lo que concierne especialmente á la obligación de entregar, añadiremos que ella está implicada en la obligación de dar una cosa corpórea (1); y como es cierto que ésta se divide de una manera general, debe suceder lo mismo con la obligación de entregar que se encuentra contenida en ella. Ahora bien, sería contradictorio admitir que la obligación de entregar fuese divisible ó indivisible, según que ella es accesoria ó principal; si por su naturaleza no era susceptible de división, ¿cómo se dividiría cuando ella es accesoria de otra obligación? Es también de notar que la tradición de una cosa cuando es hecha con el objeto de transferir la propiedad, se hace en realidad una dación la cual es divisible; particularmente, la tradición de la cosa vendida constituye una dación divisible. Ahora bien, esta divisibilidad de la dación supone la de la tradición; una tradición indivisible no podría dar lugar á una dación divisible; no se comprende que la tradición parcial hecha por el vendedor, sea á la vez válida como dación parcial y nula como tradición parcial. Se objeta que las obligaciones de entregar son obligaciones de hacer y que éstas son indivisibles. Pero las obligaciones de hacer son unas indivisibles, otras divisibles, importando poco que la mayor parte tenga el primer carácter. Para que el argumento invocado fuese concluyente, se debería establecer que la obligación de entregar es una obligación indivisible de hacer,

---

(1) *Dig.* lib. 19, tít. 1, l. 3, § 1.

y acabamos de probar lo contrario; el hecho de la tradición es susceptible de ser descompuesto en partes y porciones de la misma naturaleza que el hecho entero (1). Sin embargo, la opinión dominante se pronuncia por la indivisibilidad de la obligación de entregar (2). Siendo esta obligación en nuestra opinión divisible, sucede lo mismo con la obligación de restituir la posesión ó la detentación de una cosa corpórea (3).

2º Son también divisibles las obligaciones de constituir los derechos de usufructo (4), de enfiteusis, de superficie ó de hipoteca. Estos diferentes derechos reales son divisibles desde el punto de vista de su constitución (5); y por tanto, la obligación de constituirlos debe tener el mismo carácter. Si se dice de la hipoteca que es indivisible (6), esta indivisibilidad concierne á la demanda de la hipoteca y de ninguna manera á su constitución; se puede hipotecar una parte divisa ó indivisa de una cosa (7).

3º Es preciso decir otro tanto de las obligaciones que tienen por objeto hechos positivos ó negativos divisibles. En efecto, hay hechos positivos ó negativos del hombre, susceptibles de ser descompuestos en partes y porciones de la misma naturaleza que el hecho entero, y en estos casos la obligación de hacer ó de no hacer, es de la misma manera divisible. Tal es la obligación de prestar un cierto número de días el obrero; siendo dada una prestación de cien días, cada uno forma la décima parte de la prestación total (8). Tal es también la

---

(1) *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 72.
(2) Savigny, I, § 32, II.—Molitor, I, núm. 250.—*Contra*: Maynz, II, § 192.
(3) *Dig.* lib. 13, tít. 16, l. 3, § 3; *Id.* lib. 16, tít. 3, l. 1, § 36.
(4) *Dig.* lib. 7, tít. 1, l. 5.
(5) L. 5 cit. *initio*.
(6) *Dig.* lib. 21, tít. 2, l. 65.
(7) *Cód.* lib. 8, tít. 20, l. únic.
(8) *Dig.* lib. 38, tít. 1, l. 15, § 1; *Id.* lib. 45, tít. 1, l. 54, § 1.

obligación de no revindicar una cosa (*amplius non agi rei vindicatione*). Si la cosa es revindicada por mitad, la abstención que hace el objeto de la obligación el *non vindicare*, existe por la otra mitad (1). La obligación de remitir una deuda es también perfectamente divisible; se puede remitir una deuda en parte (2), con tal de que sea divisible (3). Sucede lo mismo con la obligación de ceder un crédito divisible; nada se opone á la cesión parcial de este crédito. Pero sobre todas las obligaciones de hacer ó no hacer, se hacen divisibles en virtud de la convención de las partes, cuando ellas han tenido en mira menos la prestación del hecho que el pago de una suma de dinero para el caso de no prestación del hecho; la obligación de hacer ó de no hacer se convierte entonces en una obligación de dar eminentemente divisible (4). De aquí la divisibilidad de numerosas estipulaciones necesarias ó cauciones (5), entre otras las *damni infecti* (6), *legatorum servandorum causa* (7), *rem pupilli salvam fore* (8), *judicatum solvi* (9), *ratam rem dominum habiturum* (10), *judicio sisti* (11) y *dolum malum abesse afuturumque esse* (12). Así también la obligación de hacer ó de no hacer resultante de una estipulación voluntaria ó de una convención,

---

(1) *Dig. eod.* l. 4, § 1.
(2) *Dig.* lib. 34, tít. 3, l. 7; *Id.* lib. 46, tít. 4, l. 9, 10 y 17; *Id.* lib. 45, tít. 1, l. 2, § 3.
(3) *Dig.* lib. 46, tít. 4, l. 13, § 1.
(4) *Dig.* lib. 46, tít. 5, l. 2, § 2.
(5) L. 2, § 2 initio cit.
(6) *Dig.* lib 46, tít. 5, l. 2, § 2.
(7) Arg. *Inst.* lib. 3, tít. 18, § 2 y *Dig.* lib. 46, tít. 5, l. 1, § 2 y l. 2, § 1 y 2.
(8) Arg. *Inst.* lib. 3, tít. 18, § 4 y *Dig.* lib. 44, tít. 5, l. 1, § 2 y l. 2, § 1 y 2.
(9) L. 2, § 2 initio cit.
(10) *Id. Id.*
(11) Arg. *Dig.* lib. 46, tít. 5, l. 1, § 3 y l. 2, § 1 y 2.
(12) Arg. *Inst.* lib. 3, tít. 18, § 1; *Id.* lib. 45, tít. 1, l. 121.

cualquiera puede convertirse en divisible por la voluntad de las partes, y tal será notablemente el caso de la estipulación voluntaria *dolum malum abesse afuturumque esse*, la cual no es en el fondo sino una estipulación de daños y perjuicios para la eventualidad de un dolo (1).

II. En razón de su forma y no obstante la divisibilidad de su objeto, la obligación se hace bajo ciertos respectos indivisible cuando es alternativa ó genérica propiamente dicha. En efecto, en estas obligaciones, el pago debe tener por objeto una cosa entera comprendida en la alternativa ó el género; no puede tener por objeto partes de muchas cosas, el pago de estas partes estaría abiertamente en oposición con la voluntad de los contratantes. Si alguno ha prometido alternativamente 2,000 francos ó 100 hectólitros de trigo, debe dar en pago el dinero ó el trigo (2), y el deudor de un caballo en general está obligado á dar en pago un caballo por el todo (3). De aquí la consecuencia de que el pago de la deuda es indivisible, un pago parcial es imposible. Si fuese posible, si importase una extinción parcial de la deuda, el deudor que no estaría obligado ya sino en parte podría completar su liberación, dando en pago una parte de otra cosa; el acreedor quedaría, pues, expuesto á recibir partes de muchas cosas contra la convención (4). Las obligaciones alternativas ó genéricas propiamente dichas, son, pues, indivisibles en cuanto al pago. Pero las obligaciones de cosas fungibles, como las deudas de dinero, de trigo, de vino, etc. etc., son plenamente divisibles, nada se opone aquí á la división del pago, varios pagos parciales procurarán al acreedor la cantidad de cosas á que tiene derecho (5).

¿La indivisibilidad que se refiere á la forma de la obliga-

(1) Arg. *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 38, § 13 y l. 121.
(2) *Dig.* lib. 12, tít. 6, l. 26, § 14.
(3) *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 85, § 4.
(4) L. 85, § 4 cit.
(5) *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 2, § 1 y l. 85.

ción, es esencial? Fundada sobre la voluntad presunta de las partes como acabamos de comprobarlo, ella no podría ser sino natural. Es, pues, permitido á los contratantes derogarla; pueden convenir en que el deudor tendrá la facultad de dar en pago partes de varias cosas debidas *in genere* ó alternativamente.

§ 56. IMPORTANCIA DE LA INDIVISIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES.

La indivisibilidad de la obligación en razón de su objeto es absoluta, en el sentido de que afecta á la obligación bajo todos sus aspectos, concierne á la vez á la promesa (1), á la demanda y al pago de la deuda. La indivisibilidad de la obligación en razón de su forma, es una indivisibilidad de pago; ella no afecta sino al pago; desde todos los demás puntos de vista y particularmente en cuanto á la promesa y á la demanda, la deuda queda divisible (2). Reuniremos estas dos indivisibilidades en una sola exposición, indicando las reglas especiales á la segunda. La indivisibilidad de la obligación no presenta interés si hay un solo deudor y un solo acreedor. Porque el acreedor no está jamás obligado á aceptar un pago parcial ni aún en el caso de que la deuda sea perfectamente divisible (3); se sigue de aquí que, entre un deudor único y un acreedor único, toda obligación tiene cierto carácter de indivisibilidad Sin embargo, cuando la obligación es divisible, el acreedor tiene el poder de aceptar, si lo quiere, un pago parcial (4); la promesa y la demanda parciales son también posibles. Por el contrario, cuando la obligación es absoluta y esencialmente indivisible, como la obligación de constituír una servidumbre predial, no se concibe

(1) Véase en esta obra § 55, I-A.
(2) Du Moulin, *Extrict. lab. divid. et individ.*
(3) Arg. *Dig.* lib. 22, tít. 1, l. 41, § 1.
(4) *Dig.* lib. 46, tít. 3, l. 9, § 1.

absolutamente la división de la promesa (1), de la demanda (2) ó del pago (3). Ella no es posible sino cuando se trata de una indivisibilidad absoluta pero natural, por ejemplo, de la obligación de construir una casa. En lo que concierne á la indivisibilidad del pago, el acreedor es ciertamente dueño de aceptar una parte de una cosa; pero no hay en el caso un pago parcial, ni una liberación parcial del deudor; la deuda subsiste en cuanto al todo; el deudor continúa debiendo dos cosas alternativamente (4) ó una cosa *in genere* (5), salvo para el acreedor tomar en cuenta la prestación ya efectuada (6). En el caso de una obligación alternativa, el acreedor podrá, pues, todavía reclamar las cosas debidas alternativamente, hecha deducción de lo que ha recibido; dada una obligación alternativa que tiene por objeto 10 ó Stichus y un pago de 5, demandará 5 ó Stichus (7). Si el deudor paga también 5, las dos prestaciones de 5 se completarán de manera que constituyan un pago íntegro (8). Si el deudor da en pago en segundo lugar Stichus, lo cual le es permitido en razón de su derecho á variar hasta un pago válido, su prestación de 5 está sujeta á repetición (9). La suerte del primer pago es, pues, provisionalmente mantenida en suspenso; vale como pago parcial ó bien es nulo según que el deudor pague en segundo lugar la parte restante de la misma cosa ó bien la otra debida alternativamente (10). ¿Se trata de una obligación genérica? El acree-

(1) *Dig.* lib. 8, tít. 1, l. 17.
(2) L. 17 cit.
(3 *Id. Id.*
(4) *Dig.* lib. 12, tít. 6, l. 24, § 13.
(5) *Dig.* lib. 46, tít. 3, l. 9, § 1.
[6] *Dig.* lib. 12, tít. 6, l. 26, § 13; *Id.* lib. 46, tít. 3, l. 9, § 1.
(7) *Dig.* lib. 12, tít. 6, l. 26, § 13.
[8] L. 26, § 13 cit.
[9] L. 26, § 13 cit.
[10] L. 26, § 13 cit.; *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 2, § 1.

dor que ha recibido una parte de una cosa, podrá continuar reclamando un género (1) y para el exceso se seguirán las mismas reglas que con ocasión de la obligación alternativa (2). Para que el pago de una parte de una cosa implique un pago parcial y una extinción parcial de la obligación alternativa ó genérica, es preciso que el acreedor haya renunciado de una manera especial á la ventaja de la indivisibilidad del pago; la obligación restante se hace entonces plenamente divisible, como lo hubiera sido toda entera desde el principio, si las partes hubieran hecho á este respecto una convención especial (3). Pero la anterior renuncia no se presume; ella no resulta de ninguna manera de la simple aceptación de una parte de cosa; se presume que el acreedor no ha aceptado esta parte sino á condición de recibir la parte restante de la misma cosa. Nada se opone tampoco á la división de una demanda de una obligación alternativa ó genérica que no comprende sino un deudor único y un acreedor único. La indivisibilidad de la obligación adquiere grande importancia si hay muchos deudores ó muchos acreedores, ya desde el origen, ya por efecto de la sucesión hereditaria. A la verdad, cada uno de ellos no es deudor ni acreedor sino en parte, porque no hay aquí solidaridad (4). Solamente que este principio está en conflicto con un obstáculo material; en razón de su objeto ó de su forma, la deuda no puede dividirse ó al menos su pago es indivisible. De aquí dos principios fundamentales: por un lado, siempre que se encuentra el obstáculo de la indivisibilidad, cada uno de los deudores ó acreedores debe ser considerado como deudor ó acreedor por el todo (5). Por otro lado, siempre que no aparece el obstáculo de la in-

---

[1] *Dig.* lib. 46, tít. 3, l. 9, § 1.
(2) *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 2, § 1.
[3] Véase antes en esta obra § 55.
[4] *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 2, § 2; *Id.* lib. 50, tít. 17, l. 192.
(5) Arg. de las dos leyes cit. en la nota anterior.

divisibilidad, la partición de la deuda recobra su imperio; cada uno no es deudor ó acreedor sino en parte (1). Aplicando según las circunstancias uno ú otro de estos principios, se determinan las reglas de la obligación indivisible debida por varios ó á varios.

1.—En lo que concierne desde luego á la demanda, si la obligación es absolutamente indivisible, cada deudor puede ser demandado por el todo (2) y cada acreedor puede demandar por el todo (3); la demanda, por una parte, conduciría á un pago parcial imposible. Por vía de consecuencia y en razón de la misma imposibilidad, la condenación (4) y la ejecución de la deuda (5) se verifican por el todo (6). Pero el deudor demandado por el todo tiene el derecho de llamar á sus codeudores al juicio (7); el juez debe concederle un plazo para este fin; el objeto de ese llamamiento no podría hacer dividir la condenación entre los diferentes deudores; tal división es imposible (8).

El llamamiento al litigio tiende á hacer condenar á cada deudor por el todo, y estatuir de antemano sobre el recurso de aquel de los deudores que ejecutara la obligación entera. El acreedor podrá, pues, dirigirse para el todo á cada uno de los deudores condenados en vista de obtener el pago de la deuda (9). La ventaja que resulta del llamamiento al litigio para el deudor originario, es doble. En efecto, los diferentes deudores se verán obligados á ejecutar la obligación en co-

---

[1] *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 72 y 85, § 5.

(2) *Dig.* lib. 8, tít. 1, l. 17; *Id.* lib. 45, tít. 1, l. 2, § 2.

[3] *Dig.* lib. 8, tít. 1, l. 17; *Id.* lib. 10, tít. 2, l. 25, § 9.

(4) *Dig.* lib. 32, *de leg.* III, l. 11, § 23 y 24.

(5) *Id. Id.*

(6) *Dig.* lib. 21, tít. 2, l. 62, § 1.

(7) Arg. *Dig.* lib. 32, *de leg* III, l. 11, § 23.

[8] En cuanto á la condenación colectiva de los deudores, cada uno por una parte, presentaría las mismas dificultades que la demanda colectiva de que se ha tratado en la nota de este párrafo.

(9) Kleyer, § 18, ps. 75 y 76.

mún, y si esta eventualidad se realiza, todo quedará terminado entre las partes; no habrá lugar á un recurso. Si el demandado originario debe ejecutar sólo la obligación á consecueucia de la inacción de los demás deudores, éstos son condenados de antemano hacia él, y pueden ser ejecutados como tales por la *actio judicati*. El deudor originario habrá, pues, evitado una acción recursoria (1). Por otra parte, si existen varios acreedores, aquel de entre ellos que demanda por el todo al deudor común, está obligado á darle caución contra la demanda ulterior de los demás acreedores (2). Si la obligación es simplemente indivisible en cuanto al pago, cada deudor no puede ser demandado sino por parte (3), y cada acreedor no tiene acción sino por parte también (4); la condenación se divide igualmente (5). Pero el pago hecho por uno de los deudores ó á uno de los acreedores, debe recaer sobre una cosa entera, el acreedor puede rehusar un pago parcial; en caso contrario, se pagaría válidamente con las partes de cosas diversas, lo que sería contrario al contrato (6). El acreedor no está obligado á recibir de uno de los deudores la mitad de una cosa, sino en tanto que el otro deudor ofrece al mismo tiempo la otra mitad de la misma cosa, y en el caso de una pluralidad de acreedores, el deudor común no presenta válidamente á uno de los acreedores la mitad de una cosa, si no es que presente además la otra mitad al segundo acreedor; en las dos hipótesis el pago ofrecido es en realidad total. Pero *¿quid* si el acreedor acepta de uno de los deudores una parte de una cosa? Este hecho no constituye un pago parcial; no libra al que paga; los dos deudores quedan obligados, salvo el derecho del acreedor á tomar en cuenta

---

[1] *Dig.* lib. 32, *de leg.* III, l. 11, §.23 y 24.
(2) *Dig.* lib. 16, tít. 3, l. 1, § 36 y l. 14.
(3) *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 85, § 4.
(4) Arg. l. 85, § 4.
(5) *Id. Id.*
(6) *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 85, § 4.

la prestación ya efectuada (1), como cuando ésta ha sido hecha por un deudor único (2). No se presume que el acreedor la ha aceptado, sino bajo la condición de que el otro deudor pagara la parte restante de la misma cosa; no podría presumirse una renuncia á la ventaja de la indivisibilidad del pago (3). Además, si uno de los deudores ó acreedores muere dejando varios herederos, la indivisibilidad absoluta del pago se trasmite á los herederos del difunto, como se trasmite á los herederos de un deudor ó de un acreedor único. En efecto, su motivo subsiste para los herederos; el objeto ó la forma de la obligación se opone á su división.

II.—Si la obligación es absolutamente indivisible, la interrupción de la prescripción respecto de un solo deudor ó de parte de un solo acreedor, daña á todos los demás deudores ó aprovecha á todos los demás acreedores. En efecto, la interrupción ha recaído sobre la deuda entera y no sobre una simple parte de la deuda; esta parte no se comprende en razón de la indivisibilidad de la obligación; habiendo sido interrumpida la prescripción de toda la deuda, la interrupción debe operar respecto de todos los deudores y de todos los acreedores. Y es preciso decidirlo así también, aun cuando la prescripción no hubiera sido interrumpida sino respecto de uno solo de los herederos de uno de los deudores ó bien de parte de uno solo de los herederos de uno de los acreedores; el motivo es idéntico. Pero cuando se trata de una simple indivisibilidad del pago, la interrupción de la prescripción no tiene efecto respecto de los deudores ó de los acreedores que no han intervenido; siendo la deuda, á decir verdad, divisible, y siendo indivisible solamente el pago, la interrupción de la prescripción no ha afectado sino á una porción de la deuda, la porción debida por el deudor y al

(1) *Dig.* 46, lib. 3, l. 34, § 10.

[2] Véase en esta obra el principio del presente párrafo.

[3] *Dig.* lib. 46, tít. 3, l. 34, § 1, é *Id.* lib. 12, tít. 6, l. 26, § 14.

acreedor entre quienes la prescripción ha sido interrumpida. En cuanto á la suspensión de la prescripción en favor de uno de los acreedores de una obligación indivisible cualquiera, ella no impide absolutamente que corra la prescripción entre los demás acreedores; la suspensión es una ventaja personal.

III.—Cuando la obligación indivisible se resuelve en daños y perjuicios ó cuando se incurre en una pena, ¿cómo son debidos los daños y perjuicios ó la pena por los diferentes deudores ó á los diferentes acreedores?

A) Ocupémonos desde luego de la indivisibilidad absoluta. Varias hipótesis pueden presentarse:

1° En el momento en que se ha faltado á la obligación indivisible, ésta no comprendía todavía sino un solo deudor y un solo acreedor; más tarde este deudor ó este acreedor muere dejando varios herederos. Aquí no hay dificultad. Los daños y perjuicios, como la pena, no son debidos por cada heredero del deudor ó cada heredero del acreedor sino en proporción de su parte hereditaria. En efecto, la obligación de pagar los daños y perjuicios ó la pena ha nacido entre un solo deudor y un solo acreedor; á consecuencia de la muerte del deudor ó del acreedor, ella se ha hecho una deuda hereditaria, y esta deuda tiene por objeto una suma de dinero ú otra cosa corpórea. Bajo este título ella es eminentemente divisible, y por tanto, debe dividirse entre los herederos del difunto, atentas sus respectivas partes hereditarias (1).

2° En el momento en que se ha contravenido á la obligación indivisible, había ya varios deudores; en principio, los daños y perjuicios, como la pena, no son debidos por cada deudor sino en su parte individual ó hereditaria, porque ellos consisten en una suma de dinero ó en otras cosas corpóreas; ahora bien, las obligaciones que tienen tal objeto, son divisibles; la deuda se ha transformado con su objeto (2). Parti-

(1) Arg. *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 72.
[2] *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 72.

cularmente la obligación de defender al comprador contra la evicción es indivisible, y sin embargo, si por no haber sido defendido como debía serlo, el comprador sufre la evicción, su acción por daños y perjuicios se divide entre los diferentes vendedores ó herederos del vendedor (1). Pero esta regla está sometida á dos excepciones. En primer lugar, cuando la obligación indivisible consiste en no hacer y uno de los deudores contraviene á ella, por ejemplo, turbando al acreedor en el ejercicio de una servidumbre, los daños y perjuicios, como la pena, no se dividen sino respecto de sus coobligados; el deudor culpable los debe en su totalidad. La razón es que se ha incurrido en la pena ó en los daños y perjuicios por su solo hecho; debe soportar plenamente la consecuencia de su culpa (2). En segundo lugar, cuando se trata de la obligación de constituir una servidumbre indivisible, los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de esta obligación, pueden ser demandados en su totalidad contra cada deudor (3). El Derecho Romano se atenía en esto al rigor del principio de la indivisibilidad de la obligación; después como antes de la inejecución, cada uno debía la totalidad de la servidumbre; la condenación pecuniaria no era sino subrogada á la servidumbre; los daños y perjuicios eran debidos en su totalidad por cada deudor en virtud de una verdadera solidaridad legal (4). Se relajaba este rigor con motivo de las obligaciones de hacer ó de no hacer, porque ellas tienen menos por objeto el hecho positivo ó negativo del hombre que una suma de dinero; no es sino desde este último punto de vista, que ellas son susceptibles de ejecución forzosa (5).

---

[1] *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 85, § 5, y l. 139; *Cód.* lib 8, tít. 44, l. 2.
(2) *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 4, § 1.
(3) *Dig* lib. 10, tít. 2, l. 25, § 10.
(4) Véase *supra* en esta obra § 51, II, D. 7°.
(5) *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 68.—Véase *supra* en esta obra §40, 1°.

Las reglas que acabamos de establecer con motivo de los daños y perjuicios y de la pena debidos á causa de la ineje-cución de una obligación indivisible, no dejan de ser contro-vertidas. En lo que concierne á los daños y perjuicios, se está de acuerdo si se trata de la obligación de constituir una servidumbre indivisible. Pero en cuanto á las obligaciones de hacer ó de no hacer, nos admiten la división de los da-ños y perjuicios indistintamente entre todos los deudores (1), otros enseñan que cada deudor está obligado en la tota-lidad (2). Hemos preferido una opinión intermedia según la cual los daños y perjuicios se dividen, salvo que, en el caso de una obligación de no hacer, el deudor culpable debe pa-garlos en su totalidad (3). En cuanto á la pena, comunmen-te se la divide entre los deudores (4). Pensamos que esta regla no es verdadera, sino con la restricción de que, si se trata de una obligación de no hacer, el deudor culpable está obligado al pago íntegro de la pena (5).

3° Cuando se ha faltado á la obligación indivisible, ésta comprendía ya varios acreedores; el deudor común ha con-travenido á ella respecto de uno de los acreedores, por ejem-plo, ha turbado en el ejercicio de una servidumbre predial á uno de los copropietarios del fundo dominante. Los da-ños y perjuicios, como la pena, no son debidos sino al acree-dor lesionado, y solamente por su parte individual ó heredi-taria; en el caso especial que acabamos de indicar, el acree-dor turbado en el ejercicio de la servidumbre, obtendrá la reparación del daño que ha sufrido como copropietario del fundo dominante, ó bien su parte alícuota de la pena (6). En efecto, la obligación de pagar la pena ó los daños y per-

(1) Maynz, II, § 192 y nota 54.—Molitor, I, núms. 246, 247 y 255.
(2) Savigny, I, § 34.
[3] Véase antes, en esta obra, nota pág. de este párrafo.
(4) Maynz, II, § 258.—Molitor, I, núms. 165 y 167.
(5) Véase antes en esta obra, nota pág. de este párrafo.
(6) *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 2, § 6 y l. 3.

juicios, es divisible, y el acreedor lesionado no tenía sino un interés parcial en la deuda originaria; él no puede obrar más allá de su interés. Los demás acreedores no tienen derecho á ninguna porción de los daños y perjuicios ó de la pena, por falta de un interés cualquiera (1).

B) En lo que concierne á la indivisibilidad del pago, la regla general es que los daños y perjuicios y la pena, no son debidos sino en parte por el deudor culpable ó al acreedor lesionado como en una obligación completamente divisible (2). Es que las obligaciones alternativas ó genéricas, consideradas en sí mismas, son divisibles; no hay sino el pago que debe recaer sobre una cosa entera. Ahora bien, esta circunstancia no podría modificar la obligación de probar los daños y perjuicios ó la pena, cuando hay varios deudores ó varios acreedores.

IV. ¿Cuál es el efecto de la extinción de la obligación indivisible entre uno de los deudores y el acreedor común, ó bien entre uno de los acreedores y el deudor común? Es preciso distinguir:

1° Cuando á consecuencia de la extinción de la obligación entre uno de los deudores y el acreedor común, éste ha sido plenamente satisfecho, todos los deudores quedan libres; el acreedor que demandara todavía á un segundo deudor, sería rechazado por una excepción de dolo. Tal es el caso en que el acreedor común ha sido pagado por uno de los deudores (3), ó bien ha concluído con él una novación que sustituye á la obligación indivisible una obligación nueva de una extensión al menos igual (4). Del mismo modo, la extinción de la deuda entre uno de los acreedores y el deudor común li-

---

(1) *Dig. eod.* l. 3, § 1.—*Id. Id.* l. 2, § 6, l. 3, § 1; *Id.* lib. 10, tít. 2, l. 25, § 9.

2 Véase antes, en esta obra, § 27 y salvo la excepción allí mismo indicada.

(3) *Arg*, *Dig*, lib. 46, tít. 3, l. 81, § 1.

(4) Molitor, I, núm. 249.

bra á éste respecto de los demás acreedores cuando ella se ha aprovechado; el deudor dispone entonces también de una excepción de dolo. Particularmente cuando él ha pagado de buena fe á uno de sus acreedores, y su buena fe sea evidente si ha pagado por orden del Magistrado, no está obligado á responder á la demanda de los otros; el pago les aprovecha, puesto que ellos gozan de un recurso contra el acreedor pagado (1).

2º Pero siempre que el acreedor común no ha sido satisfecho, ó que los demás acreedores no se han aprovechado de la extinción, ésta no obra sino de una manera personal, ella no tiene efecto respecto de los demás deudores ó acreedores; los demás deudores quedan obligados, y los demás acreedores conservan su acción. La razón de esto es que, siendo cada uno deudor ó acreedor en parte, se encontraba colocado en una obligación propia y distinta; desde entonces la extinción de una de estas obligaciones no puede producir la extinción de las otras. En el caso de una indivisibilidad absoluta, no sólo subsiste la obligación activa ó pasiva de los demás acreedores ó deudores, sino que subsiste también por el todo; ella no se extingue por la parte del deudor ó del acreedor que ha salido de la obligación; su indivisibilidad completa se opone á esto. La obligación de construir una casa, por ejemplo, no ha podido extinguirse en parte respecto de los deudores ó acreedores que han conservado esta calidad; por solo que una acción subsistiese en el caso, debía subsistir por el todo. No es menos verdadero que el acreedor común ó aquel de los acreedores que obtiene la ejecución íntegra de la obligación, recibe más de lo que queda realmente debido; recibe indebidamente la parte del deudor liberado ó del acreedor que ha salido de la obligación; luego está obligado á restituir en dinero el valor de esta parte. Supongamos que A y B se hayan obligado á edificar una

(1) *Dig.* lib. 46, tít. 3, l. 81, § 1.

casa, el acreedor remite la deuda á A. B quedará obligado á construir la casa entera; pero si dispone de 10,000 por este motivo, el acreedor deberá restituirle 5,000 (1). Estas reglas se aplican, entre otras, á una remisión de deuda consentida en favor de uno de los deudores ó por uno de los acreedores (2), aun cuando se hubiere verificado por aceptilación, después de la sentencia de absolución dictada en favor de uno de los deudores ó contra uno de los acreedores (3); después de la prestación del juramento decisorio de parte de uno de los deudores ó respecto de uno de los acreedores, etc. En el caso de una simple indivisibilidad de pago, la extinción de la obligación entre uno de los deudores y el acreedor común, ó entre uno de los acreedores y el deudor común, produce efecto respecto de los demás deudores ó acreedores. La obligación genérica ó alternativa se extingue, respecto de ellos igualmente, por la parte del deudor ó del acreedor que ha salido de la obligación; nada se opone á esta extinción parcial, puesto que la deuda misma es divisible; desde entonces la extinción de la obligación para uno de los deudores ó acreedores, debía producir todas sus consecuencias respecto de los demás. Supongamos que A, B. y C deben un caballo en general; el acreedor remite la deuda á A. B y C no deberán ya sino las dos terceras partes de un caballo en general (4). Pero la obligación así reducida, queda indivisible en cuanto al pago, como cualquiera otra obligación genérica ó alternativa, y por tanto, ella continúa

(1) B podría también ejercitar contra A un recurso por 5,000; después de lo cual, no habiendo aprovechado A de la remisión de la deuda, estaria en su derecho para hacerse indemnizar por el acreedor. Pero es más cómodo para B hacerse pagar 5,000 por el acreedor que lo demanda.

(2) Molitor, I, núm. 249 y Maynz, II, § 192.—Arg. *Dig.* lib. 46, tít. 4, l. 13, § 1.

(3) Molitor, I, núm. 249.—Arg. *Dig.* lib. 8, tít. 5, l. 19.—Maynz, I, § 69.

(4) *Dig* lib. 45, tít. 1, l. 2, § 3 y 4; *Id.* lib. 46, tít. 4, l. 17.

sometida á las reglas de la indivisibilidad del pago (1). Sucederá así con una remisión de deuda consentida en favor de uno de los deudores ó por uno de los acreedores (2), con una sentencia de absolución dictada en favor de uno de los deudores ó contra uno de los acreedores (3), con una prestación de juramento decisorio, etc.

§ 57. DEL RECURSO A QUE DA LUGAR LA OBLIGACIÓN INDIVISIBLE.

1°. El deudor que ha pagado en su totalidad la deuda indivisible, tiene siempre un recurso contra sus codeudores. En efecto, no siendo cada uno deudor sino en parte, el que ejecuta la obligación entera paga á la vez su deuda y la de sus coobligados; desde este segundo punto de vista el que paga gestiona el negocio de sus codeudores, y como tal dispone contra ellos de la acción contraria de gestión de negocios (4). Pero más frecuentemente los codeudores serán coherederos, y aquel de entre ellos que hubiera pagado íntegramente al acreedor, ejercitará su recurso contra los demás por la acción *familiæ erciscundæ* (5). Podrá haber también lugar á la acción *comunni dividundo* (6), á la acción *pro socio* (7) ó á la acción contraria de mandato. El recurso será abierto contra cada codeudor por una parte individual ó por la parte hereditaria, según que la pluralidad de deudores existiese desde el principio ó solamente á consecuencia de la sucesión hereditaria (8).

---

[1] Arg. l. 17, cit.
(2) *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 2, § 3; *Id.* lib. 46, tít. 4, l. 17.
[3] *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 2, § 3.
[4] D. 3, 5, l. 30.
[5] D. 45, 1, l. 2, § 2.—Arg. D. 10, 2, l. 25. § 9, 10 y 13.
[6] D. 39, 3, l. 11, § 1.
[7] Arg. D. 14, 3, l. 14.
[8] Salvo la existencia entre partes de relaciones obligatorias especiales.

2°. Del mismo modo aquel de los acreedores que recibe el pago íntegro de la deuda indivisible, está sometido de una manera general á un recurso de parte de sus coacreedores, por una porción viril ó hereditaria. El motivo es que él no era en realidad acreedor sino por una parte; luego ha recibido su crédito y el de sus cointeresados; bajo este último aspecto se ha enriquecido á expensas y por medio del crédito de los otros, lo que justifica una *condictio sine causa* de parte de los coacreedores (1).

§ 58. DIFERENCIAS ENTRE LA SOLIDARIDAD Y LA INDIVISIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES.

La diferencia fundamental es esta: La solidaridad se refiere á la naturaleza de la deuda, es decir, que cada uno de los deudores ó acreedores solidarios es verdaderamente deudor ó acreedor por el todo. La indivisibilidad se refiere solamente al objeto ó á la forma de la obligación; si varios deudores ó acreedores intervienen en una obligación indivisible, cada uno no es en realidad deudor ó acreedor sino por una parte. Pero la división de la deuda es imposible en razón de un obstáculo material resultante del objeto ó de la forma de la relación obligatoria; siempre que se encuentra este obstáculo, cada uno de los deudores ó acreedores debe ser considerado como deudor ó acreedor por el todo (2). De aquí las siguientes diferencias:

1°. La obligación solidaria se divide entre los herederos de las partes (3). La obligación indivisible conserva este ca-

---

(1) Véase *infra* en esta obra, § 198.—Una acción *in factum* sería también fundada.

(2) Véase *supra* en esta obra, § 56.—Ahora vamos á tratar de la indivisibilidad absoluta de la obligación.

(3) Véase *supra*, en esta obra, § 52.—I.

rácter respecto de los herederos (1); la indivisibilidad tiene aquí más fuerza que la solidaridad.

2º. Si la solidaridad es convencional y la deuda ha sido contraída en interés común, el deudor demandado por el todo puede llamar á juicio á sus codeudores solventes y presentes, á efecto de hacer dividir la condenación (2). Si la obligación es indivisible, el deudor demandado por el todo puede de una manera absoluta llamar á juicio á sus codeudores, con el doble objeto de hacerlos condenar á cada uno por el todo y de hacer estatuir de antemano sobre el recurso de aquellos deudores que ejecutan la obligación entera (3).

3º. Los deudores solidarios están obligados por la totalidad de los daños y perjuicios y de la pena, salvo que los deudores no culpables no deben los daños y perjuicios sino hasta la concurrencia de la estimación de la deuda (4). En el caso de una obligación indivisible, cada uno de los deudores está obligado en parte de los daños y perjuicios como de la pena, salvo que, en el caso de una obligación de no hacer, el deudor culpable debe pagarlos en su totalidad (5).

4º. La extinción de la obligación solidaria entre uno de los deudores y uno de los acreedores tiene efecto respecto de todos, á menos que el modo de extinción sea personal de uno de los deudores ó de uno de los acreedores (6). En el caso de una obligación indivisible, la extinción aprovecha solamente á los codeudores si el acreedor común ha sido satisfecho y daña solamente á los coacreedores si ha tornado en su provecho. Fuera de estos casos, la obligación indivi-

---

(1) Véase *supra*, § 56.—I.

(2) Véase *supra*, § 52.—I. A.

(3) Véase *supra*, § 56.—I.

(4) Véase *supra*, § 52.—III.

(5) y los daños y perjuicios resultantes de la inejucución de la obligación de constituir una servidumbre indivisible son debidos solidariamente por cada deudor.—Véase *supra*, § 56.—III. A. 2º.

[6] Véase *suprâ*, § 52.—IV.

sible subsiste en su totalidad respecto de los demás deudores ó acreedores (1).

5°. El deudor solidario que ha pagado íntegramente al acreedor común, no dispone de un recurso contra sus codeudores si no es cuando la deuda le ha aprovechado, y el acreedor solidario que ha recibido el pago íntegro del deudor común, no está sometido á un recurso de parte de sus coacreedores sino cuando el pago debía aprovecharles (2). Entre deudores como entre acreedores de una obligación indivisible, el recurso existe de una manera absoluta (3).

§ 59. SECCIÓN VIII.—DE LAS DEUDAS DE DINERO.

1°. El deudor de una suma de dinero debe pagar en especie que tenga curso en la época del pago; no teniendo curso las especies en este momento, no podrían ser consideradas como dinero (4). Según la intención presunta de las partes, las piezas de moneda presentadas por el deudor deben también tener curso en el lugar del pago (5). Por lo demás, el deudor es libre de pagar en cualesquiera especies. Las partes pueden derogar estas reglas y particularmente convenir en que el pago se hará en una especie determinada de moneda (6). Pero, aun en este último caso, el deudor tiene la facultad de pagar en cualquiera especie de piezas de moneda, cuando el acreedor no tiene interés en recibir la moneda convenida (7), cuando ésta no existe ya ó se ha hecho de tal

---

[1] Véase *supra*, § 56.—IV.

(2) Véase *supra*, § 53.

(3) Véase *supra*, § 57.

(4) *Dig* 13, 7, l. 24, § 1.—*Id.* 46, 3, l. 102, Arg.—*Id.* 13, 7, l. 24, § 1 y *Cód.* 11, 11, l. 1.—Arts. 1438, 1453, 1515, 2685, 2689 y 2690 del Cód. civ. del D. F. de México.

(5) Arg. D. 46, 3, l. 102.

[6] D. 46, 3, l. 99.—Art. 1453 del Cód. civ. del D. F. de México.

(7) Arg. D. 46, 3, l. 99.

manera rara, que no es posible procurársela sino á un precio excesivo (1). Por medio de las especies indicadas, el deudor debe pagar la suma numérica que hace el objeto de su obligación, 1,000, 10,000, 100,000 sestercios; de aquí deriva la expresión de *pecunia numerata* (2). En otros términos el valor nominal de la moneda es decisivo; su valor intrínseco ó metálico no es tomado en consideración (3). Este sistema conduce á las siguientes consecuencias:

1°. Si el valor metálico de la moneda llega á cambiar, sea que su valor mercantil disminuya ó aumente, sea que el Estado hiciera las piezas de moneda con un título diferente, esta circunstancia no ejerce ninguna influencia sobre el pago, en tanto que el valor nominal de la moneda no varíe. El acreedor recibirá el mismo número de piezas de moneda, y como su valor intrínseco ha cambiado, no tendrá un valor superior ó inferior al que hubiera obtenido sin el cambio.

2°. Si el valor nominal de la moneda sufre un cambio, habiendo el Estado elevado ó abatido el valor de la moneda existente, este cambio influye sobre el pago. El deudor se aprovechará del aumento, puesto que deberá pagar un número menos considerable de piezas para formar la suma numérica que hace el objeto de su obligación y sufrirá diminución, porqne deberá pagar por este motivo más piezas de moneda.

Sin embargo, el valor intrínseco de la moneda debe ser tomado en consideración, cuando el sistema monetario ha sido modificado en el intervalo entre el contrato y el pago. Así es como el *aureus* ó *solidus* de los Romanos sufre reducciones sucesivas; hasta Nerón constituía la cuarta parte de la libra de oro; á partir de Constantino, la libra proporcionó 72 sólidos (4). Si sobreviene un cambio en el sistema moneta-

(1) Arg. D. 30, *de leg.* I, l. 71, § 3.
(2) D. 13, 3, l. 1.
(3) D. 18, 1, l. 1.
(4) C. 10, 72, l. 5.

rio, es evidente que para mantener el valor económico de la obligación es preciso convertir la suma debida según el antiguo sistema en una suma nueva, atento el cambio sobrevenido y el deudor debe pagar esta última suma por medio de especies nuevas (1).

II. Si una deuda tiene por objeto un número determinado de piezas de moneda de cierta categoría, por ejemplo, 100 piezas de un sólido, es posible que las partes no hayan tenido en mira sino una deuda de dinero con indicación de la especie de moneda que debe ser pagada, y en este caso, habrá que conformarse á las reglas indicadas antes (2). Pero, en tesis general, habrá una deuda ordinaria de cosas fungibles; el deudor deberá pagar la especie y el número convenidos de piezas de moneda. La especie convenida será aquella que existía el día del contrato, aun cuando desde entonces ella hubiera cesado de tener curso, y el deudor deberá el número prometido de estas piezas, cualquiera que sea su valor nominal en el día del pago. Si las piezas convenidas no existen ya ó en razón de su rareza su precio se ha hecho excesivo, la deuda se convierte en una deuda de dinero propiamente dicha (3), cuyo monto será determinado por el valor nominal de las piezas al tiempo de pago, si ellas tienen todavía curso, y en caso contrario por su valor intrínseco (4).

III. A veces una deuda tiene por objeto piezas de moneda determinadas, particularmente en el depósito y el comodato (5). Hay entonces una deuda ordinaria de un cuerpo cierto, sometida á todas las reglas que rigen esta especie de

---

[1] Puchta, *Pand.*, § 38.—Savigny, I, § 40, 42, 44 y 45.——Art. 2690 del Cód. civ. del D. F. de México.—Sent. del Juzgado 5º de lo civil de México, de 17 de Julio de 1860. [Gacet. de Trib, tom. 2, pág. 718].

(2) pág.

(3) Arg. D. 30, *de leg.* I, l. 71, § 3.

(4) Savigny, I, § 43.

(5) D. 13, 6, l. 4.—Arts. 2545, 2661 y 2666 del Cód. civ. del D. F. de México.

obligación (1). El deudor no debe sino las piezas determinadas que hacen el objeto de su obligación; responde de su culpa y queda libre por la pérdida accidental de las cosas debidas.

§ 60. SECCIÓN IX.—DE LA OBLIGACIÓN DE REPARAR UN DAÑO.

I. La obligación de reparar un daño puede resultar, como cualquiera otra obligación, de una convención, de un cuasi contrato, de un delito, de un cuasi delito ó de la ley.

1º Cuando un deudor contractual falta á su obligación, debe los daños y perjuicios á su acreedor en virtud de la convención (2). Si el edificio ruinoso del vecino se derrumba sobre nuestro inmueble, después de que el vecino se nos ha obligado por la *cautio damni infecti*, tenemos derecho, sobre el fundamento de una convención, á la reparación del daño causado por la caída de la construcción ruinosa (3). Del mismo modo, el mandato, el depósito, el comodato y el contrato de prenda obligan, de una manera más ó menos general, al mandante, al deponente, al comodante y á aquel que constituye la prenda, á reparar las pérdidas que el contrato causa á la parte adversa (4).

2º Por otro lado, en razón de un cuasi contrato el gestor de negocios, el tutor ó el curador, así como los comunistas accidentales, pueden hacerse indemnizar del perjuicio que les causa la administración de los negocios de otro (5). La

(1) D. 30, *de leg.* I, l 34, § 4.

(2) Véase *supra*, § 16.

[3] D. 39, 2, l. 7, § 1.—Véase *infra*, § 221.—Arts. 1459 y 1476 del Cód. civ. del D. F. de México.

(4) D. 17, 1, l. 12, § 9.—Véase *infra*, § 121.—II, 1º, § 136, II, § 142, II y § 151, II.—Arts. 2372, 2585 y 2683 del Cód. Civ. del D. F. de México.—Sent. del Juzgado 5º de lo civil de México, de 14 de Agosto de 1860. (Gacet de Trib., Tom. 1, pág. 653).

(5) Véase *infra*, § 192.

obligación de restituir lo indebido es otra obligación cuasi contractual de reparar un daño (1). Sucede lo mismo con la responsabilidad de los bosteleros y barqueros en cuanto á los efectos de los viajeros ó pasajeros recibidos en su hotel ó embarcación (2), y también sobre un cuasi contrato se basa la obligación de contribuir á las pérdidas marítimas causadas con el objeto de salvar un navío, conforme á la ley *Rhodia de jactu* (3).

3º La obligación de reparar el daño nace muy frecuentemente de un delito, público ó privado; el delito previsto por la ley *Aquilia*, el robo, la rapiña y la injuria, producen tal obligación (4).

4º Los cuasi delitos obligan igualmente á la reparación del daño que han podido causar; bastará citar aquí las acciones noxales y la acción *de pauperie* (5).

5º En fin, en casos numerosos, aquel que se enriquece injustamente á expensas de otro, queda obligado en virtud de la ley, á restituir aquello en que se ha enriquecido (6); es una obligación extrita de reparar un daño. Particularmente las personas incapaces de obligarse, están al menos obligadas á restituir la utilidad que han obtenido del contrato concluído sin la autorización de su tutor ó el consentimiento de su curador (7). Del mismo modo, los herederos del autor de un delito están obligados á restituir el emolumento que ellos han obtenido de él (8), etc. (9).

---

[1] Véase *infra*, § 198 y 199.

(2) Véase *infra*, § 197.

(3) Véase *infra*, § 194 y 196.

(4) Véase *infra*, § 202 y 212.

(5) Véase *infra*, § 213 y 217.

(6) D. 12, 16, l. 14; *Id.* 50, 17, l. 206.

[7] D. 26, 8, l. 5.—Véase *supra*, § 47, II, 3º.—Art. 1539 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(8) D. 47, 8, l. 2, § 27; *Id.* 4, 3, l. 15, § 1 y 2 é *Id.* 13, 1, l. 4.—Arts. 1964 y 3227 del Cód. civ.; 257 y 363 del Pen. del D. F. de México.

(9) Véase *supra*, § 47, III.

II. En lo que concierne al objeto de la obligación de reparar un daño, como lo hemos ya explicado con ocasión de los daños y perjuicios debidos por inejecución de una obligación (1), el deudor debe generalmente reparar todo el daño causado. Es indiferente que sea directo ó indirecto (2), intrínseco ó extrínseco (3), positivo ó negativo (4); el deudor está obligado aún cuando después se hubiera producido otro acontecimiento que hubiera traído la pérdida de que se trata, si ella no había sido ya causada por el deudor (5). Pero es preciso que el daño sea real (6). Sobre todo, es esencial que haya sido causado verdaderamente por el acto, de que se queja; el autor de este acto no está obligado á reparar el perjuicio resultante de otra causa, aunque su acto, si hubiera podido desarrollar todos sus efectos, hubiera producido el mismo daño (7). Puesto que el perjuicio debe haber sido causado por el hecho del adversario, no se es admitido á demandar la reparación de un daño que se ha sufrido por la propia culpa, *qui sua culpa damnum senti, damnum sentire non videtur* (8), á menos que el adversario se haya hecho culpable de dolo [9]. En fin, aquel que obra en reparación de un daño, debe presentar la prueba de que este daño ha sido caúsado realmente y por el hecho del adversario [10]. La obligación de reparar el daño no tiene siempre una

(1) Véase *supra*, § 16, I.

(2) § 16, 1°, pág. 81.

(3) § 16, 2°, pág. 82.

(4) § 16, 3°, pág. 83.

[5] § 16. 4°, pág. 83.

(6) § 16, 1°, pág. 84.

(7) § 16, 2°, pág. 84.

(8) D. 50, 17, l. 203; *Id.* 9, 2, l. 9, § 4.—Art. 1459 del Código civil del D. F. de México.

(9) L. 9, § 4.—Véase *supra*, § 16, págs. 86 y 87.—La convención contraria deroga naturalmente también la regla general; así es como el seguro contra incendio comprende, según la voluntad presunta de las partes, el incendio debido á la culpa simple del asegurado.

(10) § 16, 3°, pág. 87.

extensión tan general. A veces se está solamente obligado á restituir aquello en que uno se ha hecho más rico; es lo que sucede siempre que la ley acuerda una acción contra alguno únicamente porque se ha enriquecido sin derecho á expensas de otro [1]; del mismo modo, aquel que ha recibido de buena fe un pago indebido, no está obligado á restituirlo sino hasta la concurrencia de la utilidad (2). Por otra parte, cuando se trata de la inejecución de una obligación contractual ó cuasi contractual, el deudor no debe reparar sino el daño que ha previsto ó que al menos habría podido y debido prever en el momento en que ha contraído su obligación (3). En fin, en ciertos casos, la parte lesionada no tiene derecho sino al valor de la cosa perdida, con exclusión de cualquiera otra indemnización (4).

III. Desde el punto de vista de la valorización de los daños y perjuicios, las reglas que deben seguirse son las indicadas para el caso de inejecución de una obligación (5). El Juez debe atender al daño concreto sufrido por la parte lesionada; pero no á un simple interés de afección. Los daños y perjuicios deben ser estimados, atenta la época de la sentencia ó la de la *litis contestatio,* según que se trate de obligaciones de buena fe ó de derecho extricto (6). El lugar, atento el cual se hace la estimación, es aquel en que el pago debe efectuarse. En virtud de una decisión especial de Justiniano, los daños y perjuicios debidos por inejecución de una obligación, no pueden jamás exceder del doble valor de la cosa debida (7).

IV. ¿El autor de un daño puede oponer en compensación

(1) Núms. I, 5° de este párrafo.
(2) Véase *infra,* § 199.
(3) § 16, II.
(4) D. 14, 2, l. 2, § 4.
(5) § 16, III.
(6) Para el caso de mora, véase *supra,* § 21, I, 2° y § 22, 1°.
(7) § 16, págs. 93 á 96.

el beneficio que, bajo otro aspecto, ha procurado á la parte lesionada? Es preciso distinguir. La compensación no es admitida si el beneficio resulta de otro acto que constituía la ejecución de una obligación; si por tal acto se ha procurado una utilidad, no se ha hecho sino lo que se estaba obligando á hacer; desde entonces no puede invocársele en descargo. Tal es el caso de un mandatario que ejecuta un acto de mala gestión y un acto de gestión provechosa para el mandante (1). Pero se está autorizado á compensar con la utilidad que se ha procurado por otro acto puramente voluntario; la equidad exige aquí la compensación de la pérdida de la ganancia; por ejemplo, un gestor de negocios causa una pérdida al dueño por un acto de mala gestión, mientras que, por otro acto que no estaba obligado en manera alguna á ejecutar, le procura una ganancia (2). Es posible también que el daño y la utilidad resulten de un solo mismo acto; uno se ha encargado de transportar mercancías por el buque A; las coloca sobre el buque B, y los dos buques perecen. Aquí no hay responsabilidad, porque el acto de que se trata no ha causado en realidad ningún daño (3).

§ 61. SECCIÓN X.—DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR INTERESES. NOCIONES GENERALES.

I. Los intereses (*usuræ*), de *usus*, uso; y también *faenus*) (4) son el valor del uso de una cantidad de cosas fungibles; esta última cantidad se llama capital (*sors*). Las cosas fungibles de una especie determinada tienen un valor uniforme, y por tanto, su uso tiene un valor igualmente uniforme; este valor

(1) D. 17, 2, l. 23, § 1 y l. 25 y 26.—Art. 2361 del Cód civ. del D. F. de México.

(2) D. 3, 5, l. 10, Analog.—Art. 2425 del Cód. civ. del D. F. de México.

(3) D. 14, 2, l. 10, § 1; *Id.* 43, 24, l. 7, § 4.—Véase *supra*, § 16, 1°, pág. 84.

(4) Varron, *de lingua lat*, V, 183.—Isidoro, *Origenes*, V, 25.

representa un tanto por ciento del capital; de aquí la noción especial de los intereses para designar el valor de uso de una cantidad de cosas fungibles. Pero si el deudor de un capital debe pagar intereses, es menos en razón del uso que él mismo hace del capital que porque priva de él al acreedor; porque los intereses son debidos independientemente de todo uso; representan respecto del acreedor el valor del uso de su capital. Por lo demás, una deuda cualquiera de cosas fungibles, una deuda de dinero, de trigo, de vino, etc., es susceptible de producir intereses (1), aunque la aplicación usual concierna á las sumas de dinero. La deuda de intereses está dominada por este principio, que ella forma lo accesorio de la obligación de pagar el capital (2); ahora bien, lo accesorio sigue siempre la condición de lo principal. En consecuencia:

1°. Si la obligación principal es nula, la misma nulidad afecta á la deuda de intereses. Luego los intereses pagados por error, están sujetos á repetición (3).

2°. La deuda de intereses está sometida á las mismas reglas que la obligación principal; la hipoteca, la fianza y la pena convencional garantizan á la vez lo principal y los intereses (4).

3°. Si la obligación principal se extingue, los intereses cesan de correr (5); pero los intereses ya vencidos quedan evidentemente debidos (6).

---

(1) C. 4, 32, l. l. 11, 16 y 23.

(2) C. 4, 28, l. 3; *Id.* 5, 37, l. 24, § 1:

(3) D. 12, 6, l. 26, § 2, Arg. C 4, 32, l. 7, D. 22, 1, l. 6, § 1.

(4) D. 13, 7, l. 8, § 5; *Id.* 50, 8, l. 3, § 1; *Id.* 20, 4, l. 18.

(5) D. 22, 1, l. 7; *Id.* 46, 2, l. 18.—Véase *supra*, § 11, II, 3°.

(6) salvo si la obligación principal se ha extinguido por prescripción, pues entonces los intereses quedan igualmente prescritos en virtud de una decisión de Justiniano (C. 4, 32). La obligación de pagar los intereses tiene, además, sus causas de extinción propias y, entre otras, es remitida tácitamente, en todo ó en parte, cuando el acreedor se ha abstenido, duran-

II. Con la noción del interés se liga la del descuento.

A). Es manifiesto que una deuda á plazo é improductiva de intereses no vale su monto nominal; porque el deudor puede colocar su dinero á interés hasta la expiración del plazo, percibir los intereses y hacerlos servir para el pago de su deuda el día del vencimiento, de manera que disminuya la extensión de la obligación. Esta diferencia entre el valor nominal de una deuda á plazo é improductiva de intereses y su valor real, constituye el descuento, el *interusurium* (1), el *commodum medii temporis* (2) *vel repræsentationis* (3). Hay aquí lugar al cálculo del descuento en varias circunstancias y principalmente en las siguientes:

1°. El deudor á plazo no puede en general obligar al acreedor á aceptar un pago anticipado, deduciendo el descuento; si tiene el derecho de pagar antes del vencimiento, es porque puede renunciar al beneficio del plazo; luego debe también renunciar al descuento (4).

Pero el deudor puede, por una convención especial al tiempo del contrato principal ó inmediatamente después, reservarse la facultad de pagar antes del vencimiento, hecha deducción del descuento (5).

2° Cuando un deudor á plazo paga antes del vencimiento, en fraude de sus demás acreedores, éstos pueden por la acción Pauliana reclamar la restitución del descuento (6).

3° Desde el punto de vista de la cuarta Falcidia, es in-

---

te largo tiempo, de exigir los intereses (D. 22, 1, l. 17, § 1; *Id.* 24, 1, l. 54) ó se ha contentado con intereses menores que los que le eran debidos (D. 22, 1, l. 13; C. 4, 32, l. l. 5 y 8].

(1) es decir, la ventaja de los intereses durante el período intermedio.

(2) *Id. Id.*

(3) la ventaja del pago hecho antes del vencimiento.

(4) Arg. D. 31, *de leg.* II, l. 88, § 5 é *Id.* 45, 1, l. 122.

(5) Molitor, II, núm. 988 1° y Maynz, II, § 185, nota 7 y III, § 313.

(6) D. 42, 8, l. 10, § 12 y l. 17, § 2.—Arts. 1683, 1687, 1689, 1692 y 1693 del Cód. civ. del D. F. de México.

dispensable recurrir al descuento para conocer el verdadero valor de los legados (1), de los créditos (2) y de las deudas á plazo (3), así como de los legados de servidumbres personales (4), ó de rentas temporales (5).

4º Para la estimación de la legítima, los créditos y las deudas hereditarias á plazo están sometidos al descuento.

5º En el caso de una venta hecha con una *in diem addictio*, cuando se produce una oferta á plazo, es necesario descontarla para saber si es mejor que una oferta pura y simple (6).

B) Pero ¿cómo se determina el descuento? Se debe buscar un capital que, colocado á intereses hasta el vencimiento de la deuda que se trata de descontar, reproduzca en este último momento el monto nominal de la deuda. El capital así encontrado representará ciertamente el valor real de la deuda, puesto que, añadiéndole los intereses que puede producir hasta el vencimiento, se obtiene el monto nominal de la deuda. Este modo de calcular el descuento fué pregonizado á principios del siglo XVIII, por un Jurisconsulto Alemán llamado Hoffmann (7), que dió su nombre al sistema. Se le da todavía la calificación de descuento de dentro (8). Algunos intérpretes, aunque aceptando el principio fundamental de esta teoría, proponen atender á los intereses compuestos, luego buscar un capital que, colocado á intereses compuestos hasta el vencimiento, reproduzca el monto nominal de la deuda, mientras que Hoffmann no tiene en cuenta sino los intereses simples. Este cálculo del descuen-

(1) D. 35, 2, l. 45 y 73, § 4.
(2) Arg. L. 45 y 73, § 4 cit.
(3) *Id. Id.*
(4) D. *eod.* l. 68.
(5) L. 68 cit.
(6) D. 18, 2, l. 15, § 1.
(7) Polack, *Mathes. forens.*
(8) Molitor, II, núm. 988 y Maynz II, § 185.

to fué sostenido por Leibnitz (1); de aquí el nombre de sistema de Leibnitz (2). Él es irreprochable desde el punto de vista matemático; pero su rigor no conviene mucho en la vida práctica. Supone que los intereses son siempre pagados en día fijo y siempre colocados el mismo día, por mínimos que sean y hasta el último sestercio; otras tantas meras hipótesis. No se podría adoptar el sistema de Leibnitz sino con temperamentos relativos al plazo y á la suma, á partir de los cuales los intereses simples se presumirían colocados. Pero la idea misma de los intereses compuestos es contraria al espíritu del Derecho Romano (3). Nos queda que hablar de un tercer modo de calcular el descuento que fué defendido en el siglo XVII por Carpzow (4), y que es conocido bajo el nombre de Sistema de Carpzow ó de descuento de fuera. Él descuenta la deuda á plazo deduciendo los intereses que el capital nominal del crédito puede producir hasta la expiración del plazo. Es evidente que este cálculo reduce demasiado el valor del crédito á plazo; si se coloca á intereses hasta el vencimiento el pretendido valor real de la deuda, no se obtendrá de ninguna manera el capital nominal; porque, en vez de percibir los intereses del capital nominal, no se percibirán sino los intereses del capital descontado. Así 10,000 son pagaderos en 10 años; el descuento de fuera al 5% reduce el crédito á 5,000; si se colocan estos 5,000 al interés del 5% durante 10 años, no se obtendrán de ninguna manera 10,000 sino solamente 7,500 (5).

§ 62. DE LAS CAUSAS DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR LOS INTERESES.

I. La obligación de pagar interés puede resultar, ya de una convención ó de un cuasi contrato, ya de la ley.

(1) *Medit. jur. math. de interus. in Actis eruditorun*—1683.
(2 Œtinger, *Archiv. Praxis* XXIX.
(3) Arg. D. 22, 1, l. 15.
(4) *Decision*, III, 275.
(5) D. 35, 2, l. 88, § 3.

A) La fuente principal es la convención. Si el contrato principal es de buena fe, un simple pacto añadido inmediatamente al contrato hace nacer la obligación civil de pagar los intereses (1); pero si el contrato principal es de derecho extricto, la convención relativa á los intereses debe ser revestida de la forma de la estipulación (2).

La obligación de pagar los intereses puede derivar también de un cuasi contrato; particularmente se puede legar á alguno una suma de dinero con los intereses hasta el día del pago (3); el gravado deberá estos intereses al legatario en virtud de un cuasi contrato. Los intereses fundados sobre una convención ó un cuasi contrato, se llaman voluntarios (*usurae voluntriae*) (4). En los primeros siglos de Roma parece habérseles calculado por año; pero hacia fines de la República se introdujo la costumbre de fijarlos por mes (5). Cuando el interés bajaba más del 1% al mes, se le designaba por las fracciones del *as;* luego por las onzas; si se elevaba más del 1% al mes, se recurría á los múltiplos del *as* (6).

B) La ley es otra fuente de las obligaciones de pagar los intereses; se habla entonces de intereses legales (*usurae legales vel necesariae*) (7). En general los intereses legales son debidos por el deudor que priva injustamente al acreedor del uso de su capital, y en particular:

1º Con ocasión de todas las obligaciones de buena fe que tienen por objeto una suma de dinero, los intereses corren á

---

(1) D. 16, 3, l. 24 y 26, § 1; *Id.* 17, 1, l. 34.

(2) C. 4, 32, l. 3.

(3) D. 33, 1, l. 3, § 6.

(4) Ellos son convencionales ó testamentarios; pero esta división es desprovista de utilidad práctica.

(5) Véase *supra*, § 63, nota 2 (Horacio, *Epodas* II, 70; *Satiras*, I, 3, 87, D. 12, 1, l. 41; *Id.* 31, *de leg.* II, l. 88).

(6) D. 22, 1, l. 17, § 8 y C 4, 32, l. 26, § 2.—Arts. 2694 á 2696 del Cód. civ. del D. F. de México.

(7) Se comprenden en esta denominación las *usuræ punitoriæ*.

partir de la mora hasta la sentencia (1). Los demás demandados condenados deben al menos los intereses á datar de la *litis contestatio* hasta la sentencia (2). En ambos casos, los intereses recomienzan á correr después de la expiración de los cuatro meses concedidos para la ejecución de la condenación (3).

2° Todo administrador de los bienes de otro, mandatario, tutor, curador ó gestor de negocios, debe los intereses de los fondos de su principal, cuando los aplica á su uso personal (4), ó los deja improductivos (5), ó descuida hacerlos reentrar (6); y recíprocamente él puede reclamar los intereses de sus gastos legítimos (7).

3° El comprador debe los intereses del precio á partir de la tradición de la cosa (8) y aun á partir del día del contrato si siendo la cosa fructífera, reclama los frutos (9), á menos que la venta haya sido hecha á crédito (10).

4° Por otro lado, si una venta es rescindida, el compra-

(1) D. 22, 1, l. 1 y 32, § 2; *Id.* 30, *de leg.* I, l. 39, § 1.—Véase *supra*, § 21, I, 1°.—Arts. 1451 y 1482 del Cód. civ. del D. F. de México.

(2) D. 22, 1, l. 35; C. 6, 47, l. 2, § 2.—Art. 1423, fr. II del Cód. civ. del D. F. de México.

(3) C. 7, 54, l. 2 y 3, § 2.

(4) D. 3, 5, l. 37; *Id.* 17, 1, l. 10, § 3; C. 5, 56, l. 1.—Art. 2366 del cód. civ. del D. F. de México.

(5) D. 3, 5, l. 18, § 4; l. 30, § 3; l. 19, § 4; l. 31, § 3.—*Id.* 17, 1, l. 12, § 10; *Id*, 26, 7, l. 7, § 8 y l. 15.—Arts. 514, 553, 554, 555 y 2360 del Cód. civ. del D. F. de México.

(6) L. 15 cit.

(7) D. 17, 1, l. 12, § 9; *Id.* 22, l. 37; *Id.* 27, 4, l. 3, § 1 y 4.—Arts. 557, 558, 559, 572, 2376 y 2377 del Cód. Civ. del D. F. de México.—Sent. de la 2ª Sala del Supremo Tribunal de Justicia de México, de 8 de Marzo de 1861. (Gacet. de Trib., tom. 2, pág. 393).

(8) D. 19, 1, l. 13, § 20; C. 4, 49, l. 5; D. 22, 1, l. 18, § 1.—Art. 2895 del Cód. civ. del D. F. de México.

(9) *Vatic. frag.* 2.—Art. 2895, frac. II cit.

(10) Véase *infra*, § 116, II, 1°.—Art. 2896 del Cód. Civ. del D. F. de México.

dor tiene derecho á la restitución del precio con los intereses (1).

5° Los intereses corren de pleno derecho en favor de los menores (2) y del Fisco (3) en razón de cualesquiera crédito, en favor de los Establecimientos de Beneficencia en el caso en que les ha sido dejado un legado (4), así como en favor de la dote; el constituyente de una dote adventicia debe los intereses á partir de lá promesa (5), y el marido que no restituye los bienes dotales fuera de los inmuebles dentro del año después de la disolución del matrimonio, debe los intereses de su estimación (6).

¿Cuál es la tasa del interés legal? En general es la tasa resultante del uso de los lugares; en efecto, es probable que si el acreedor hubiera tenido á su disposición el capital debido, habría obtenido de él los intereses usuales en la localidad. Y el acreedor no debe establecer que hubiera realmente colocado su capital á la tasa ordinaria; está dispensado de esta prueba en razón de las grandes dificultades que presenta (7). Sin embargo, el acreedor no puede jamás obtener más del 6% (8), porque es prohibido estipular intereses de una tasa superior y no se podría atender á una costumbre local que derogase una ley general [9]. En varios casos particulares, la tasa del interés legal se fija de una manera absoluta por la ley, independientemente del uso de los

(1) D. 21, 1, l. 29; § 2; *Id.* 4, 4, l. 27, § 1; *Id.* 22, 1, l. 18.—Véase *infra*, § 108.—Arts. 1421, 1451, 1459 y 2876 del Cód. civ. del D. F. de México.

(2) Arg. D. 40, 3, l. 26, § 1; C. 2, 40, l. 3.

(3) D. 22, 1, l. 17, § 5; *Id.* 39, 4, l. 10, § 1.

(4) C. 1, 3, l. 45; *Novella* 131, cap. 12.

(5) C. 5, 12, l. 31, § 5 y 8.—Art. 2132 del Cód. civ. del D. F. de México.

(6) C. 5, 13, l. unic. § 7—Arts. 2180 á 2182 del Cód. civ. del D. F. de México.

(7) D. 22, 1, l. 1 y 37; *Id.* 17, 1, l. 10, § 3; *Id.* 26, 7, l. 7, § 10.

(8) D. 22, 1. l. 1, é *Id.* 17, 1, l. 10, § 3.

(9) C. 8, 52, l. 2.—Véase *supra*, § 21, I, 1°.

lugares; el acreedor se encuentra así dispensado de la prueba de la tasa usual del interés [1].

Añadamos también que á falta de toda causa especial, el deudor de cosas fungibles tiene al menos la obligación natural de pagar intereses [2]; de aquí la anticresis tácita [3].

II. La importancia de la división de intereses involuntarios y legales, se refiere á la demanda. Los intereses voluntarios pueden ser reclamados por vía de acción aparte, aun después de la extinción de la obligación principal (4). Por el contrario, los intereses legales no pueden ser demandados sino por la acción principal y al mismo tiempo que lo principal, porque están íntimamente ligados á la obligación principal y aparecen como una dependencia de la acción principal (5); *non obligatione, sed officio judicis continentur* (6). Si, pues, el acreedor recibe el capital sin los intereses legales, pierde todo derecho á éstos (7), á menos de que haya hecho reservas formales. Del mismo modo pierde los intereses legales si habiendo demandado judicialmente al deudor, ha descuidado de mandar la condenación por los intereses (8).

§ 63. DE LAS RESTRICCIONES INTRODUCIDAS EN LAS DEUDAS DE INTERESES.

I. Los intereses voluntarios no pueden exceder de la tasa

(1) C. 7, 54, l. 2; *Id.* 8, 10, l. 4; D. 22, 1, l. 17, § 6; *Id.* 3, 5, l. 37.

(2) Arg. D. 12, 6, l. 26.

(3) D. 20, 2, l. 2.—Véase *supra*, § 47, III, 2°.

(4) D. 13, 4, l. 8; *Id.* 45, 1, l. 75, § 9; C. 3, 1, l. 1.—Véase *supra*, § 61, nota 6, pág. 323.—Arts. 13, fr. II del Cód. de Proc. civ. D. F. de México.

(5) C. 4, 34, l. 4.

[6] D. 19, 1, l. 49, § 1.

(7) L. 49, § 1, cit.—Art. 2700 del Cód. civ. del D. F. México.

(8) C. 4, 34, l. 4; *Id.* 4, 32, l. 13.—Art. 22 del Cód. de Proc. civ. del D. F. de México.

determinada por la ley; los intereses conformes á esta tasa legal son llamados *usurae legitimae* (1). Su monto varía en numerosas ocasiones en el curso de la historia del Derecho Romano. La ley de las doce tablas parece haber permitido estipular el 10% (2). Una ley no nombrada del año 346, antes de Jesucristo, reducía al 5% la tasa de los intereses convencionales (3) y una *Genucia* del año 341 parece aun haber prohibido completamente el préstamo á interés (4); pero esta prohibición no fué sin duda observada largo tiempo (5). En fin, un Senado Consulto del año 51 antes de Jesucristo fijó el máximum de los intereses convencionales en el 12% (6). Esta tasa se mantuvo sin modificación durante todo el período clásico (7), y bajo el Imperio de Oriente (8). En la legislación de Justiniano, los intereses más elevados que fuese permitido estipular, fueron generalmente de 6% (9). Si se estipularon intereses superiores, la convención era reducida á la tasa legal; por el excedente ella era nula, como convención usuraria (10); no producía, pues, ningún efecto (11), ni aun como obligación natural (12). Los intereses usurarios pagados por el deudor, debían ser imputados al capital (13);

---

(1) D. 22, 2, l. 4, § 1; *Id.* 26, 7, l 7, § 4, 7, y 10; C. 4, 32, l. 14 y 16. D. 12, 1, l. 26; *Id.* 13, 7, l. 11, § 3; *Id.* 22, 1, l. 29 é *Id.* 33, 1, l. 3, § 6; *Contra*: art. 2696 del Cód. civ. del D. F. de México.

(2) Tácito, *Ann.* VI, 16.

(3) Tito-Livio, VII, 27, Tácito, *Ann.* VI, 16,

(4) Tito-Livio, VII, 42, Tácito, *Ann.* VI, 16.

(5) Festus, *de verb. signific. v. Unciaria.*

(6) Cic. *ad Attic.* v, 21.

(7) Paulo, II, 14, § 2.

(8) C. 4, 2, l. 8; C. Theod. 2, 33, l. 1. y 2.—Respecto del préstamo marítimo *(pecunia trajecticia)* Paulo, II, 14, § 3.

(9) C. 4, 32, l. 26, § 2, Nov. 32 y 34.

(10) D. 22, 1, l. 29; C. 4, 32, l. 26, § 4.

(11) *Id. Id.*

(12) Arg. l. 26, § 4, cit. y D. 12, 6, l. 26.

(13) C. 4, 32, l. 26, § 4.

si éste estaba ya íntegramente pagado, los intereses usurarios quedaban sujetos á repetición (1).

II. Otra restricción introducida en las deudas por intereses es la prohibición del anatocismo, es decir, que los intereses no pueden producir intereses (2). La prohibición del anatocismo se funda sobre un motivo de humanidad. Los intereses compuestos son ruinosos para el deudor; un capital que produce intereses compuestos al 5%, es duplicado después de catorce años y algunos meses, cuadruplicados después de 28 años y algunos meses; para duplicar un capital que produce intereses compuestos al 6%, no se necesita ni aun 12 años, y en menos de 24 el capital es cuadruplicado. Muchos deudores ignoran estos efectos desastrosos de la capitalización de intereses, y por consiguiente, sin la prohibición del anatocismo, podrían ser arruinados sin saberlo. Así la prohibición del anatocismo es absoluta. Se aplica á los intereses voluntarios y á los legales (3), y no solamente no puede el deudor prometer de antemano pagar intereses para el caso en que estos últimos no fueran pagados en el día convenido, sino que, aunque los intereses sean vencidos, no puede comprometerse á pagarlos (4); poco importa que los intereses sean añadidos al capital originario (*anatosismus conjunctus*) ó convertidos en un capital nuevo (*anatosismus separatus*) (5); porque en último caso, todavía se trata de pagar intereses productivos de intereses. Toda convención con-

(1) como capital indebidamente pagado (l. 26, cit.; C. 4, 32, l. 18.

(2) Esta regla remonta á la época de la República [Cic. *ad Attic.* V, 21, § 13]. D. 12, 6, l. 26, 1; C. 4, 32, l. 28.—*Contra*: art. 2699 del Cód. civ. del D. F. de México. *Sic.* Febrero reformado, part. 1, cap. 16, § 1, núm. 14.

(3) D. 42, 1, l. 27; C. 7, 54, l. 3, § 1 y 2; Theod 4, 19, l. único.

(4) D. 12, 6, l. 26; C. 4, 32, l. 28.—Cic. *ad Attic.* V, 21, § 11, VI, 1, § 5; VI, 3, § 5; V, 21, § 13.

(5) C. 4, 32, l. 28.

traria es nula (1); no obliga ni civil (2) ni naturalmente; el deudor que ha pagado intereses de intereses, es autorizado á repetirlos (3). La prohibición del anatosismo no admite sino excepciones aparentes:

1°. El deudor que paga intereses, puede tomarlos prestados inmediatamente á interés (4). En realidad, los intereses así tomados en préstamo, constituyen un capital.

2°. Aquel que paga los intereses de la deuda de un tercero, puede hacérselos reembolsar por éste con los intereses (5). Aquí todavía la suma pagada por intereses al acreedor del tercero, es un capital debido por éste al que paga.

3°. El administrador de los bienes de otro, mandatario, tutor, curador ó gestor de negocios, si aplica en su provecho intereses recibidos para su principal, ó los deja improductivos ó bien si descuida hacer volver los intereses debidos á su principal, debe los intereses de estos intereses (6). Y la obligación se aplica aun á los intereses debidos personalmente por el administrador á su principal (7). Pero, en ambos casos, la obligación de pagar intereses de intereses forma una obligación distinta de la de pagar los intereses simples (8); ella recae, á decir verdad, sobre intereses simples; no es otra cosa que una obligación de reparar el daño causado al principal por el dolo ó la negligencia del representante (9).

III. Cuando la deuda de los intereses atrasados alcanza el

---

(1) D. 22, 1, l. 29.

(2) L. 29, cit.; D. 12, 6, l. 26, § 1.

(3) L. 26, § 1, cit.—D. 42, 1, l. 27.

(4) *Non obstat*: C. 4, 32, l. 28.

(5) Arg. D. 17, 1, l. 12, § 9; *Id.* 22, 1, l. 37.

(6) D. 17, 1, l. 10, § 3; *Id.* 26, 7, l. 7, § 12; l. 58, § 1 y 4.—Arts. 514 y 2366 del Cód. civ. del D. F. de México.

(7) Arg. de los mismos textos.

(8) Ella incumbe, por lo demás, á otra persona que al deudor de los intereses simples, á saber al administrador y no al tercer deudor, ó bien al administrador como tal y no al administrador en nombre personal.

(9) D. 26, 7, l. 58, § 1 y 4.

monto del capital, se suspende el curso ulterior de los intereses; el acreedor no puede jamás reclamar en capital é intereses atrasados más allá del doble del capital (*ultra alterum tantum*) (1). Se sigue de esto, que un capital prestado al 5% cesará de producir intereses si el deudor ha pagado 20 años de intereses; siendo el préstamo al 6%, sucederá lo mismo después de 16 2/3 de año. Es también una disposición de equidad; el acreedor podría arruinar al deudor, absteniéndose de reclamarle regularmente los intereses, para exigirle en una vez una suma que excede de sus recursos (2). La convención contraria de las partes es nula y de ningún efecto (3).

IV. Cuando un deudor paga los inteseses por anticipación, dos hipótesis se presentan:

1ª. El pago anticipado de intereses se verifica en el momento mismo de la entrega del capital; por ejemplo: A presta 20,000 á B al 5%, reteniendo 1,000 por los intereses del primer año. Aquí la suma pagada por vía de intereses se deduce del capital; en el caso mencionado, el préstamo se reduce á 19,000, y por consiguiente, si el mutuario paga la segunda vez 1,000 de intereses en lugar de 950, el capital se reduce á 18,950 y así sucesivamente. Tal es la decisión de Justiniano (4).

2º. El pago de intereses se hace después de la entrega del capital; pero antes del vencimiento. Este pago anticipado de los intereses es válido (5) y produce todos los efectos ordinarios. Sin embargo, no puede implicar una convención usuaria y tendrá este carácter si los intereses pagados, aumentados con los intereses de intereses hasta el vencimiento, ex-

---

(1) D. 12, 6, l. 26, § 1; *Id.* 22, 2, l. 4, § 1, C. 4, 32, l. 10 y 27, § 1 y 2.
(2) C. 4, 32, l. 29 y 30; Nov. 121, cap. 2 y Nov. 128.
(3) D. 12, 6, l. 26, § 1.
(4) C. 4, 32, l. 26, § 4.
(5) Arg. D. 2, 14, l. 57, é *Id.* 44, 4, l. 1, § 6.

ceden de la tasa legal; los intereses en tanto que son usurarios, se imputan al capital (1).

§ 64. SECCIÓN XI.—DE LAS OBLIGACIONES PRIVILEGIADAS. NOCIONES GENERALES.

1º. Las obligaciones privilegiadas de que aquí se trata son deudas quirografarias que deben ser pagadas antes de las otras deudas quirografarias (2). Los acreedores quirografarios privilegiados ceden su lugar de prelación á los acreedores hipotecarios (3); pero ellos lo toman sobre los acreedores quirografarios simples (4). El privilegio de que hablamos es, pues, muy distinto del que pertenece á ciertas hipotecas; el primer lugar pertenece á los acreedores hipotecarios privilegiados; el segundo, á los acreedores hipotecarios simples; el tercero, á los acreedores quirografarios privilegiados; el cuarto, á los acreedores quirografarios simples. Para separar nuestro privilegio del de la hipoteca privilegiada, se le llama privilegio de pago, *privileginm exigendi* (5). En el nuevo derecho han desaparecido muchos privilegios de pago, porque el crédito á que se referían ha sido protegido por una hipoteca legal general; ahora bien, siendo más ventajosa esta hipoteca que el privilegio de pago, lo hace inútil. De esta manera han caído los privilegios del Estado, del Emperador y de la Emperatriz, de la mujer casada, de los pupilos, de los menores y de los enagenados interdictos (6).

2º. Los privilegios de pago son reales ó personales (*privilegia causæ vel personae*), según que se fundan sobre la

(1) Núm. I de este párrafo.
(2) D. 42, 5, l. 38, § 1.
(3) C. 8, 17, l. 9.
(4) D. 42, 5, l. 38, § 1.
(5) D. 12, 1, l. 2; *Id.* 42, 3, l. 1; *Id* 42. 5, l. 24, § 1.
(6) D. 49, 14, l. 6, § 1; C. 7, 24, l. únic.; D. 24, 5, l. 19, § 1.

naturaleza del crédito ó sobre la cualidad del acreedor (1). Los primeros se trasmiten á todos los que suceden en el crédito (2). Los segundos no pueden ser invocados sino por el acreedor á cuya persona están afectos (3); no pasan ni á los herederos (4), ni al cesionario (5).

§ 65. ENUMERACIÓN DE LAS OBLIGACIONES PRIVILEGIADAS.

He aquí las obligaciones privilegiadas del Derecho de Justiniano, en el orden en que han sido clasificadas entre sí en caso de concurso:

En primer lugar, se colocan los créditos de los gastos funerarios (6).

En segundo lugar, figuran los créditos de las ciudades (7), el de la desposada (8) y el de la mujer putativa (9) en razón de la dote. Los de los incapaces que no sean pupilos, menores ó enagenados interdictos contra su respectivo curador por causa de su gestión (10), el crédito por reembolso, ya de un préstamo de dinero para la reconstrucción de una casa (11), ya de un préstamo para la compra, la construcción ó el equipo de un navío (12), en fin, el crédito por pago del precio de

---

(1) D. 50, 17, l. 196.
(2) D. eod. l. 68, 196; *Id.* 42, 5, l. 24, § 3; *Id.* 42, 3, l. 2.
(3) D. 50, 17, l. 68.
(4) D. eod. l. 196.
(5) D. 26, 7, l. 42.—Véase *infra*, § 69. V. A, 1°.
(6) Paulo I, 21, § 15; D. 11, 7, l. 45.—Art. 1956, fr. I del cód. civ. del D. F. de México.
(7) D. 42, 5, l. 38, § 1.
(8) D. 23, 3, l. 74; *Id.* 42, 5, l. 17, § 1 y l. 19.
(9) D. 23, 3, l. .4; *Id.* 24, 3, l. 22, § 13; *Id.* 42, 5, l. 17, § 1 y l. 19.
(10 D. 42, 5, l. 19, § 1; l. 29, 21 y 22; *Id.* 42, 5, l. 23.—Véase *supra*, § 64, 1°.
(11) D. 12, 1, l. 25; *Id.* 42, 3, l. 1; *Id.* 42, 5, l. 24, § 1; *Id.* 17, 2, l. 52, § 10.—Art. 1946, frac. III del Cód. civ. del D. F. de México.
(12) D. 42, 5, l. 26 y 34.

venta de un navío (1). Si varios de estos acreedores privilegiados concurren entre sí, son pagados en proporción del monto de sus créditos respectivos (2).

En tercer lugar, viene el crédito por restitución de un depósito de dinero hecho sin estipulación de intereses en poder de un banquero ó cambista (3).

CAPITULO III.

DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS.

SECCIÓN I.—NOCIÓN Y CONDICIONES.

§ 66. *Noción de la cesión.*

I. Para hacer comprender bien la teoría de la cesión de créditos, es indispensable exponer previamente los principios generales sobre el mandato *ad litem*:

1°. Bajo el imperio de lás acciones de la ley, no se podía, en general, hacerse representar ante los Tribunales (4). La regla contraria prevaleció en el sistema formulario (5). Se permitió á los litigantes constituir un mandatario en términos solemnes (6) y judicialmente, ante el Magistrado y el adversario (7); tal mandatario se llama *cognitor* (8). Representaba plenamente al principal, al *dominus litis;* se presumía que éste mismo sostenía el litigio; el *cognitor* no era sino su

[1] L. 34 cit.—Art. 1957 del Cód. Civ. del D. F. de México.
[2] D. 42, 5, l. 32.
[3] D. 42, 5, l. 24, § 2; Maynz, II, § 300, nota 22.
[4] Gayo, IV, 82.
[5] Gayo, IV, 82.
[6] Gayo, IV, 83.
[7] Gayo, IV, 83.
[8] Gayo, IV, 83.

órgano *(loco domini)* (1). De aquí la consecuencia de que el nombramiento de un *cognitor* de parte del demandante no daba lugar á ninguna caución (2) y si el demandado constituía un *cognitor*, á él mismo incumbía la obligación de dar las cauciones exigidas de los demandados (*cautiones judicatum solvi* ó *pro praede litis et vindiciarum*, si se trataba de acciones reales (3); caución *judicatum solvi* en materia de acciones personales (4) (5). En lo que concierne á la redacción de la fórmula, la *intentio* era concebida en nombre del principal (6), y si la *condemnatio* era necesariamente concebida en nombre del *cognitor*, puesto que se hacía judicialmente (7), no era esto sino una formalidad sin valor práctico; la *actio judicati* se daba exclusivamente al principal ó contra él (8).

2º. Las solemnidades que rodeaban la constitución de un *cognitor*, eran una traba. Hé aquí por qué se admitió oportunamente un mandato *ad litem* libre de toda forma; de aquí el *procurator ad litem*, que podía ser constituido en cualquier término, judicial ó extrajudicialmente, en ausencia del Magistrado y del adversario (9). Pero él no representaba verdaderamente al litigante; se reputaba que sostenía el litigio en nombre propio, siendo él mismo parte en el litigio, *dominus litis* (10). Se seguía de esto que el *procurator* del demandante debía prestar una caución especial, la *cautio ratam rem dominum habiturum*, porque el demandante habría

---

[1] Gayo, IV, 97 y 98.
[2] Gayo, IV, 97 y 100.
[3] Gayo, IV, 89 y 91.
[4] Gayo, IV, 101.
[5] Gayo, IV, 101 y 90, *Vatic fragm.* 317.
[6] Salvo naturalmente que la *intentio* de una acción real no contenía el nombre ni del demandado ni de su representante.
[7 Gayo, IV, 86 y 87.
[8] *Vatic fragm.* 317.
[9] Gayo, IV, 84.
[10] Arg. Gayo, IV, 98.

podido ejercitar ulteriormente una nueva acción por la misma causa (1). Si el demandado litigaba por un *procurator*, este último tenía la obligación de prestar las cauciones usuales *judicatum solvi* ó *pro praede litis et vindiciarum* (2). Por otra parte, si la *intentio* de la fórmula expresaba aquí el nombre del principal, y la *condemnatio* el del *procurator* (3), esta última regla tenía en el caso un efecto práctico: la *actio judicati* era adquirida por el *procurator* ó contra él, con exclusión del principal (4), salvo evidentemente el recurso entre el mandatario y el mandante.

3°. La constitución de un *procurator*, aunque gozando de una libertad entera, no producía, pues, sino efectos incompletos ó indirectos, mientras que el *cognitor* nombrado solemnemente representaba al principal de una manera completa. Cada institución ofrecía una ventaja y un inconveniente. Para acabar el desenvolvimiento del Derecho Romano, quedaba por admitir un mandato *ad litem* libre y que produjese una verdadera representación. Esto se hizo. Desde la época clásica, el *procurator praesentis*,—es decir, el *procurator* nombrado por el principal ante el Tribunal (*apud acta*,)—representaba al principal, tan plenamente como si hubiera sido *cognitor* (5); el *procurator absentis*, nombrado extrajudicialmente, continuaba siendo considerado como litigante en nombre propio (6). Pero, durante el bajo Imperio (7), cualquier mandatario de una parte fué considerado como su representante, desde el momento que el mandato estaba constituído regularmente. Ahora los *cognitores* no tenían ya razón de ser; se dejó de emplearlos y quedaron en

[1] Gayo, IV, 98 y 100.—*Vatic. fragm.* 333.
[2] Gayo, IV, 101 y 90.
[3] Gayo, IV, 86 y 87.
[4] *Vatic. fragm.* 317 y 332.
[5] *Vatic. fragm.* 317, 331 y 333.
[6] *Vatic. fragm.* 332 y 333.
[7] C. 2, 56, l. única.

uso solamente los *procuratores*. Por esta razón las recopilaciones de Justiniano no mencionan ya sino á los *procuratores ad litem*; donde quiera que en los escritos clásicos se encontraba la palabra *cognitor*, ha sido reemplazada por la de *procurator* (1).

II. La misma teoría de la cesión de créditos sufrió, en el curso del tiempo, cambios considerables.

1º Antiguamente, cuando un acreedor quería transferir á un tercero el beneficio de su crédito, lo nombraba su mandatario á efecto de demandar al deudor judicialmente. Solamente que, por derogación al derecho común del mandato, el mandatario de que se trata no estaba obligado á restituir al mandante el producto de su acción; podía guardarlo para sí; era *cognitor* ó *procurator in rem suam* (2); el mandato mismo era designado por las expresiones *cedere* (3), *mandare* (4) ó *praestare* (5) *actionem*. Hemos visto (6) que sólo después de la introducción del procedimiento formulario, fué reconocida en Roma la representación judicial; el modo mencionado de cesión de créditos no puede, pues, datar sino de la misma época. Como en el caso de un mandato judicial dado en interés del mandante (7), la *intentio* de la fórmula era concebida en nombre del cedente y la *condemnatio* en nombre del cesionario (8). Pero la *actio judicati* pertenecía exclusivamente al cesionario, ya hubiera sido constituido *cognitor* ó *procurator* (9). De aquí se sigue que, por la *litis contestatio* con el deudor cedido, el cesionario aquiriría un

---

[1] *Inst.* 4, 11, § 3 y 4; D. 3, 3; C. 2, 12.
[2] C. 4, 10, l. 6; *Id.* 5, 58, l. 1.
[3] D. 15, 3, l. 3, § 5; *Id.* 46, 3, l. 76.
[4] D. 46, 3, l. 76; *Id.* 27, 3, l. 1, § 13 y 14.
[5] D. 19, 1, l. 31; *Id.* 44, 7, l. 7.
[6] Nún. I, 1º de este párrafo.
[7] Núm. I, 1º y 2º de este párrafo.
[8] Gayo, IV, 86 con II, 39.
[9] *Vatic. fragm.* 317.

derecho definitivo al crédito; se hacía *dominus litis* (1). Su mandato se había vuelto irrevocable (2) y no terminaba ni por la muerte del cedente (3), ni por la suya propia (4). Al mismo tiempo que la *litis contestatio* obligaba al deudor hacia el cesionario, lo desobligaba respecto del cedente.

2º Una reforma muy importante consiste en la concesión de acciones útiles ficticias al cesionario. La necesidad de dar un mandato á éste, para permitirle demandar al deudor judicialmente, constituía una formalidad inútil, tanto más cuanto que el acreedor estaba obligado á dar el mandato en virtud de una obligación preexistente.

Desde entonces ¿por qué no entregar este mandato y autorizar al cesionario á demandar al deudor con el sólo fundamento de la justa causa de la cesión? En hora buena que, cuando un mandatario que ejecutaba su mandato se hubiera hecho prometer alguna cosa para un tercero, el mandante obtuviese contra éste acciones útiles (5), y como la ratificación de una gestión de negocios equivale á un mandato, era preciso decir otro tanto cuando un gestor de negocios había estipulado con un tercero. En virtud de un rescripto de Antonino el Piadoso, el comprador de una herencia pudo obrar por vía de acción útil contra los deudores hereditarios (6). De la misma manera fueron acordadas acciones útiles al comprador de un crédito (7), al acreedor que había recibido en pago un derecho de crédito (8), al marido que lo había recibido en dote (9) y al legatario de un crédito (10).

---

[1] D. 49, 1, l. 4, § 5; C. 2, 12, l. 22 y 23.
[2] L. 22, cit.
[3] C. 2, 12, l. 23.
[4] Arg. l. 23, cit.
[5] D. 3, 3, l. 68.
[6] D. 2, 14, l. 16.
(7) C. 4, 39, l. 8.
(8) C. 4, 15, l. 5.
(9) C. 4, 10, l. 2.
(10) C. 6, 37, l. 18.

Estas numerosas aplicaciones de un principio nos autorizan á generalizarlo, y desde el punto de vista del Derecho de Justiniano, es preciso admitir que, siempre que existe una justa causa de cesión de un crédito, el cesionario puede, independientemente de un mandato *ad litem*, obrar por vía de acción útil contra el deudor que se trata de ceder; el cesionario es investido de pleno derecho de las acciones del acreedor. Esta adquisición de acciones se funda sobre un mandato *ad litem* ficticio, sobre una cesión ficticia de acciones; las acciones útiles que competen al cesionario, son, pues, acciones útiles ficticias, *quasi ex jure cesso*. A estas acciones se oponen las acciones directas que el cesionario puede adquirir á consecuencia de un mandato *ad litem*, realmente dado (1). Sin embargo, hay un grupo importante de cesiones de créditos á las cuales no ha sido extendido el sistema de las acciones útiles. No pueden recurrir á estas acciones las personas que gozan del beneficio de cesión de acciones; tales son, sobre todo, los codeudores solidarios, en los límites que hemos indicado [2], y el tercero detentador de buena fe de una cosa hipotecada, cuando paga al acreedor hipotecario (3).

Estas personas tienen derecho á una cesión de crédito con ocasión del pago que han hecho de la deuda que se trata de ceder. Si antes de la consumación del pago ellas reclaman la cesión, disponen de una acción directa contra el deudor cedido. Si pagan sin exigir la cesión, no pueden ya reclamarla; están en presencia de un pago que ha extinguido la deuda y con ella las acciones del acreedor; no teniendo ya éste acciones, no podría ya hablarse de cederlas (4). A la

[1] *Id. Id.*
(2) Véase *infra*, § 52, I, B y § 53, 1°.
(3) Véase *infra*, § 67, III, B, 2°
[4] D. 46, 3, l. 76; C. 8, 40, l. 11 y 14.

verdad se habría podido admitir la ficción de un mandato *ad litem* al tiempo del pago, y por tanto acordar una acción útil. Pero textos positivos atestiguan que este punto de vista no prevaleció (1), sino en algunos casos particulares, notablemente en favor de los cotutores (2), y del tercero detentador de buena fe de una cosa hipotecada (3). La acción directa y la acción útil del cesionario tienen, por lo demás, el mismo carácter y están sometidos á las mismas reglas. Una y otra descansan sobre un mandato *ad litem* dado por el cedente al cesionario; para la acción directa el mandato es real; ficticio para la acción útil; la diferencia es, pues, puramente formal y ella prueba la identidad de naturaleza de las dos demandas. En la época del procedimiento formulario, el cesionario que ejercitaba la acción directa; obraba en nombre de otro, *alieno nomine;* su nombre no figuraba en la *intentio;* sino solamente en la *condemnatio* (4). Por el contrario, en la acción útil, el cesionario obraba en nombre propio, *suo nomine;* la *intentio* de la acción útil era concebida en nombre del cesionario (5); contenía sin duda la ficción de un mandato *ad litem* en provecho de este último. La compilación de Justiniano representa todavía la acción útil como una demanda ejercida por el cesionario *suo nomine* (6); pero todo lo que se puede concluir de aquí después de la desaparición de las fórmulas es que la acción útil no se funda sobre un mandato *ad litem* realmente dado; el ce-

---

[1] La acción útil es rehusada á los fiadores tanto contra el deudor principal. (Arg. C. 8, 40, l. 14), como contra los cofiadores [C. eod. l. 11, D. 46, 1, l. 39].—D. 4, 9, l. 6, § 4; *Id.* 19, 2, l. 25, § 8; *Id.* 42, 1, l. 12; *Id.* 47, 2, l. 54.

(2) D. 27: 3, l. 1, § 13; C. 5, 38, l. 2.

(3) D. 30, *de leg.* I, l. 57.

(4) Gayo, IV, 86 y II 39.

(5) D. 3, 3, l. 55; C. 4, 15, l. 5; *Id.* 4, 39, l. 9; *Id.* 6, 37, l. 18.

(6) Véanse los textos citados en la nota anterior.

sionario obra como acreedor personal, en virtud de la traslación que le ha sido hecha del crédito (1).

3° Era necesario también protejer, antes de la *litis contestatio*, el derecho del cesionario contra el cedente que, habiendo quedado como acreedor según el título, podía demandar al deudor judicialmente y librarlo de su deuda; era preciso también, durante el mismo período, hacer el derecho del cesionario independiente de su muerte y de la del cedente (2). Después de la introducción de las acciones reales en favor del cesionario, se admitió que el cedente no podría ya demandar al deudor judicialmente; éste obtuvo una excepción de dolo contra tal demanda (3); si el cedente y el cesionario atacaban al mismo tiempo al deudor, el cesionario era preferido (4). Pero sobre todo se admitió, hacia fines del período clásico (5), que el cesionario podría obligar al deudor hacia sí, haciendo la notificación de la cesión. El cesionario disponía ahora de un medio cómodo de garantizar su derecho contra el deudor, inmediatamente después de la cesión y sin tener que recurrir á una demanda judicial. Por otra parte, había sido reconocido antes de Justiniano que el cesionario á título oneroso, constituido *procurator in rem suam* y que moría antes de la *litis contestatio*, transmitiría su derecho á sus herederos (6). Justiniano extendió esta regla á las cesiones á título gratuito (7) y debe ser aplicada por analogía á la acción útil ficticia y á la eventualidad de la muerte del cedente.

4° Las reglas que acabamos de exponer, son combatidas desde muchos puntos de vista.

---

(1) Véase adelante núm. III de este párrafo.—También *infra*, § 69, IV.

(2) C. 4, 35, l. 3.

(3) D. 2, 14, l. 16.

(4) D. 3, 3, l. 55.

(5) C. 8, 16, l. 4; C. 8, 41, l. 3.

(6) C. 8, 52, l. 33.

(7) L. 33 cit., § 1.

a) Se ha negado que las acciones útiles acordadas al cesionario, se basen sobre la ficción de un mandato *ad litem* dado al cesionario *in rem suam*. Unos sostienen que su fundamento es más bien la ficción de que el cesionario es acreedor en nombre personal (1). Otros rehusan todo carácter ficticio á las acciones útiles del cesionario; serían acciones propias é independientes (2), que algunos partidarios de esta opinión llaman una acción *in factum* (3). La opinión á que hemos dado la preferencia presenta la ventaja de referir lógicamente la acción útil del cesionario á su acción directa; la ficción de un mandato *ad litem* debía ofrecerse muy naturalmente al mutuante cuando quería permitir al cesionario obrar contra el deudor sin haber recibido procuración para este efecto (4). En cuanto á la pretendida ficción según la cual el cesionario que obra por la acción útil sería considerado como acreedor, probaremos más adelante que esta ficción es una realidad, que el cesionario es verdaderamente acreedor en el lugar y modo del cedente (5). Nos parece también cierto que la acción útil del cesionario no era una acción propia, ni en particular una acción *in factum*; la expresión *actio utilis* estableció que la acción del cesionario le fuese acordada por analogía de otra, que no puede ser sino la del cedente (6).

b) Un gran número de autores no conceden la acción útil al cesionario, sino en los casos expresamente previstos por la ley (7), y no de una manera general siempre que existe una justa causa de cesión. Pero esta generalización de la

---

(1) Schmid, I, § 3.
(2) Vangerow, III, § 574.
(3) *Id.*, *Id.*
(4) C. 4, 39, l. 8.
(5) Schmid, I, § 3 y II, § 18,
(6) Molitor, II, núms. 1183 y 1184.—Savigny, I, § 23, IV. C. p. 243 á 249.—Maynz, II, § 188, p. 84.
(7) Véase núm. II, 2° de este párrafo.

acción útil es exigida por las aplicaciones extremadamente numerosas que de ellas se hacen en nuestras fuentes y que no es posible dejar de considerar como aplicaciones de un principio general. Ella es más conforme al desenvolvimiento habitual del Derecho Romano; como otras tantas reglas, la institución de la acción útil ha sido admitida desde luego en un caso particular; ha sido después extendida á otra hipótesis; las aplicaciones se han multiplicado y se ha acabado por llegar á una regla general (1).

III. ¿Cuál es la verdadera naturaleza de la cesión de un crédito? Pensamos que es una enajenación del derecho de crédito, una sucesión á título particular en este derecho; el crédito es transferido del cedente al cesionario; este último se hace acreedor en nombre propio, en el lugar y modo del cedente, y con el derecho de crédito adquiere también acciones en nombre propio. Esta proposición muy controvertida se justifica por los siguientes motivos:

1º En teoría, nada se opone á la enagenación de un crédito. La personalidad del *deudor* es un elemento esencial de la obligación; el valor de una deuda depende eminentemente de la solvencia del deudor, para no hablar de los numerosos casos en que su habilidad personal es la causa determinante del contrato. Pero no sucede lo mismo con la personalidad del *acreedor*. Esta es indiferente desde el punto de vista de la relación obligatoria; la obligación conserva el mismo carácter, la misma eficacia práctica, cualquiera que sea el acreedor, que el acreedor original sea mantenido ó reemplazado por otro; yo estoy obligado de la misma manera, si soy deudor de 1,000 hacia A ó B ó C. Sin duda, la obligación no se comprende sin un acreedor determinado, no se pueden deber 1,000 sin designación de la persona del acreedor. Pero si un acreedor debe necesariamente figurar en una obligación, la personalidad de aquel que figura en

(1) Molitor II, núm. 1183.—Maynz, II, § 188.

ella no tiene nada de esencial y su reemplazo no introduce cambio alguno esencial en la relación obligatoria.

2º Concedemos que el antiguo Derecho Romano rechazaba la enagenación del crédito; consideraba esta enagenación como incompatible con la naturaleza de la relación obligatoria; partía del punto de vista de que el deudor debía á una persona determinada, á A, y que substituir B á A, era cambiar el contenido de la obligación. Pero este sistema fué abandonado después que el cesionario obtuvo acciones útiles (1). En efecto, estas acciones útiles le competen en nombre propio *suo nomine* (2); luego como acreedor personal, en virtud de la translación que le ha sido hecha del crédito. A la verdad, hemos reconocido que la base de estas acciones útiles es un mandato *ad litem* ficticio; pero esta ficción es de pura forma; no hay que ver en ella sino un modo de enagenación del crédito y no podría prevalecer contra el hecho de que el cesionario obre en nombre propio (3). Se está todavía menos autorizado para objetar que el cesionario no tiene contra el deudor sino los derechos del cedente; esta regla es la aplicación del principio general de que ninguno puede transmitir á otro más derechos que los que tiene él mismo. Invocamos, además, los numerosísimos pasajes que hablan de la venta ó de la translación de un crédito (4) *vendere vel transferre nomen*. Esta terminologia es de tal manera usual, que

---

(1) D. 2, 14. l. 16.—Art. 1621 del Cód. civ. del D. F. de México.—Hevia Bolaños, *Curia Filipua*, lib. 2, cap. 6.

(2) Numerosos textos no permiten ninguna duda á este respecto: D. 3, 3, l. 55; C. 4, 15, l. 5; *Id.* 4, 39, l. 9; *id.* 6, 37, l. 18.—Febrero, lib. 2, tít. 4, cap. 24, núm. 11; L. L. 64, tít. 18, Partida 3ª y 14, tít. 5, Partida 3ª.—Sent. de la Comandancia general de México, de 1º de Agosto de 1860. [Gacet. de Trib., tom. 1, pág. 818].

(3) Por otra parte, mientras las fuentes insisten en el *suo nomine agere*, no hablan, de una manera expresa, del mandato *ad litem*.

(4) D. 18, 1, l. 35, § 4; *Id.* 18, 4, l. 4, 6, 14, 17, 19 y 23, § 1; *Id.* 20, 6, l. 5, § 2; *Id.* 24, 3, l. 64, § 4; *Id.* 36, 1, l. 66; C. 4, 35, l. 23; *Id.* 4, 39, l. 3, 7 y 8; *Id.* 5, 58, l. 1.

no hay que alejarse de ella como inexacta, y es tanto más decisiva cuanto que nuestras fuentes no reprensentan nunca la cesión de un crédito como una venta ó una translación del simple ejercicio del crédito.

3°. La opinión común enseña, sin embargo, que el derecho de crédito es inalienable y que no podría dar lugar á una sucesión á título particular. El comprador de un crédito no se hará acreedor en nombre propio; no haría sino ejercitar en su provecho el derecho de crédito del vendedor, de la misma manera, se dice, que el comprador de un usufructo, adquiere solamente el ejercicio de este derecho. Se funda esta opinión sobre el carácter personal de la obligación: se pretende que ésta es una relación jurídica entre dos personas *determinadas*, y desde entonces la substitución de un acreedor á otro sería contraria á su naturaleza. Se invoca también la consideración de que, aun en el derecho nuevo, el cesionario demanda al deudor como simple mandatario, real ó ficticio, del cedente (1). Hemos ya respondido á esta argumentación (2). Nos limitaremos á añadir que no existe ninguna analogía entre el usufructo y un crédito; el usufructo es establecido en favor de una persona determinada: debe tener fin con esta persona; transferirlo á otra, sería desnaturalizarlo.

Nada semejante se encuentra en el derecho de crédito. Algunos intérpretes distinguen entre el derecho de obligación y la acción que de él deriva. El derecho de obligación sería inalienable, y á pesar de la cesión, quedaría unido á la persona del cedente; el cesionario no se haría acreedor en su lugar y modo. Pero la acción del acreedor sería susceptible de enagenación; el acreedor la perdería por efecto de la cesión; pasaría al cesionario, quien demandaría al deudor en nombre propio. La persistencia de la

(1) Molitor, II, núm. 1184.

(2) Núm. III, 1° y 2° de este párrafo.

obligación de parte del cedente sería desprovista de valor práctico; el cedente no quedaría acreedor sino en la forma (1). Este sistema carece de lógica; equivale á decir que, á consecuencia de la cesión, el cedente tendría un derecho sin acción y el cesionario una acción sin derecho. Pero ¿qué es un derecho sin una acción que lo garantice? Un contrasentido; ¿y qué es una acción sin derecho que la produzca? Otro contrasentido. Si el cesionario dispone de una acción en nombre propio, esta acción debe tener por fundamento un derecho propio, y este derecho no puede ser sino el crédito transferido por la cesión. En fin, según algunos autores, el cesionario sería respecto del cedente un sucesor y respecto del deudor, un simple mandatario del cedente (2). Pero esta doctrina implica contradicción. Si entre el cedente y el cesionario es transferido el derecho de obligación, debe serlo igualmente respecto del deudor; si, bajo el primer aspecto, una enagenación es compatible con la naturaleza del derecho de crédito, debe serlo de la misma manera bajo el segundo. La cuestión de si el derecho de obligación puede dar lugar á una sucesión á título particular, no presenta, por lo demás, sino un interés teórico, porque es cierto que el cesionario goza solamente de los derechos del cedente, no pudiendo ninguno transferir á otro más derechos que los que tiene él mismo (3).

IV. Con la cesión de un crédito no debe confundirse la novación por la cual se substituye un nuevo acreedor al antiguo. La cesión no hace sino transferir al cesionario el crédito existente; he aquí por qué ella puede verificarse sin el consentimiento y á pesar de la oposición del deudor (4). La novación substituye una obligación nueva á la antigua; ex-

(1) En este sentido Schmid, II, § 18.

(2) Maynz, II, § 187, 188 y 189 y nota 2.

(3) Rudorff, § 280, nota a.

(4) C. 4, 39, l. 3; *Id.* 8, 41, l. 1.—Arts. 1621 y 1630 del Cód. civ. del D. F. de México.

tingue la obligación preexistente y crea otra; ahora bien, esta nueva obligación exige el consentimiento del deudor (1).

§ 67. CONDICIONES DE LA CESIÓN.

La cesión de créditos exige las siguientes condiciones:

I. El cedente debe tener en su patrimonio el crédito que se trata de ceder y ser capaz de enagenar, porque la cesión del crédito implica su enagenación.

II. El crédito debe ser cedible. ¿Cuáles son los créditos cedibles? Antes de responder á esta cuestión, importa notar que no se presenta solamente para las obligaciones en general y para las acciones personales que de ellas derivan, sino también para las acciones reales. En efecto, considerada la acción como derecho, es un derecho de crédito, trátese de acciones personales ó de acciones reales; supone siempre la lesión de un derecho de parte de una persona determinada, contra la cual sólo puede ser dirigida la demanda. La acción real es, pues, un derecho de crédito. Es muy distinta del derecho real que le sirve de base (2); el derecho real es absoluto, existe respecto de todos los miembros de la sociedad, la acción real, como cualquiera otra relación obligatoria, es un derecho relativo; no tiene existencia sino respecto del tercero que ha lesionado el derecho real. Desde entonces la cuestión de la cedibilidad de las acciones reales es también independiente de la alienabilidad de los derechos reales, y la cesión de una acción real no implica necesariamente la enagenación del derecho real correspondiente, aunque pueda tener este alcance. Pero resulta de estas observaciones, que la cedibilidad de créditos se identifica con la de las acciones; así nuestras fuentes hablan indiferentemente de la

---

(1) C. eod. l. 1 y 6.

(2) La misma observación se aplica á las acciones reales fundadas sobre los derechos de la personalidad.

venta de un crédito y de la de una acción (1). Se puede decir que la cedibilidad de las acciones es la regla, y la incedibilidad, la excepción. En general, las acciones son cedibles. Sin embargo, muchas de ellas son declaradas incedibles por disposiciones especiales de la ley; otras son substraídas á la cesión en razón de su naturaleza. ¿Cuáles son estas últimas? No existe á este respecto un principio general. En otro tiempo se establecía la regla de que un crédito trasmisible á los herederos, era cedible, y que el que era intransmisible, no admitía tampoco cesión; de aquí los adagios: *quod ad heredem sunt transmissibilia, sunt etiam cessibilia, et quod ad heredem non sunt transmissibilia, non transeunt per cessionem*. En los tiempos modernos, estas dudas no encuentran ya defensores y con razón. La cesión de un crédito y su trasmisión á los herederos son dos nociones esencialmente diferentes; se busca en vano relación entre ellas. Y en realidad, muchos créditos trasmisibles, son incedibles; bastará citar las acciones que han llegado á la *litis contestatio*. Otras que son intrasmisibles, son cedibles; si alguno estipula una prestación de hacer durante su vida solamente, su crédito perecerá con él, sin que esta circunstancia ponga obstáculo á la cesión. Es preciso, pues, resolverse á determinar de una manera especial las acciones incedibles. Pertenecen, ante todo, á esta categoría, las acciones que han sido introducidas judicialmente, á partir de la *litis contestatio;* ceder tal acción, es traficar con un litigio; este tráfico tiende á prolongar los litigios, haciéndolos sostener por alguno que se hace cesionario con este objeto, lo que es contrario al interés general (2). Quedan las acciones que no han llegado todavía á la *litis contestatio*. Consideremos separadamente las acciones reales y las acciones personales.

A) Entre las acciones reales son absolutamente incedibles

(1) D. 18, 4; C. 4, 39.

(2) C. 8, 36, l. 2; *Id*. 2, 13, l. 1 y 2.—Arts. 1622, 1623, 1624, 1625, 1626 y 1627 del Cód. civ. del D. F. de México.

las que resultan de los derechos unidos á la personalidad, porque estos derechos no pueden jamás ser ejercidos sino por la persona á quien pertenecen. El marido, el padre, el tutor ó el curador, debe ejercer él mismo los derechos inherentes á su cualidad; ninguno otro puede reemplazarlo en este ejercicio. Ahora bien, la cesión de la acción constituiría un abandono del ejercicio del derecho. El marido no podría, pues, ceder su interdicto *de uxore exhibenda et ducenda*, ni el padre de familia su interdicto *de liberis exhibendis et ducendis* ó su *vindicatio filii* (1). Pero *¿quid* respecto de las acciones reales que nacen de derechos reales?

1° No es dudoso que la revindicación no sea cedible bajo todos respectos (2). El cesionario podrá hacerse restituir la cosa y por esta restitución se hará propietario de ella (3), porque habrá adquirido su posesión en virtud de una justa causa; el cedente ha querido transferirle su propiedad (4). Hacemos constar aquí que la cesión de la acción revindictoria produce, por vía de consecuencia, la enagenación de la cosa. Estas reglas se aplican de una manera absoluta á la petición de herencia (5).

2° El objeto de la acción negataria es complexo (6). Si el demandante obtiene en el litigio, el Juez reconoce el libre ejercicio de su propiedad, condena al demandado á las restituciones necesarias y, llegado el caso, á los daños y perjui-

(1) Se autorizaba por el antiguo Derecho Romano, mediante la *in jure cessio*, la cesión de la tutela legítima y no fiduciaria de las mujeres [Gayo, I, 168, 169 y 170; Ulpiano, XI, 6 y 7]; pero esta tutela tenía un carácter patrimonial, más bien que personal.

(2) D. 6, l. l. 21 y 63; *Id.* 18, 1, 35, § 4; C. 4, 39, l, 9.—Art. 4 del Cód. de Proc. Civ. del D. F. de México.

(3) D. 6, 1, l. 46 y 47 y Arg. L. 69 y 70.

(4) D. 6, 2, l. 7, § 1.—La reivindicación era ya cedible en la época clásica [arg. de los textos de las Pandectas de Justiniano, citados en las notas anteriores.—Molitor, II, núm. 1190 y Maynz, II, § 190, B 1° y nota 6].

(5) Maynz, II, § 190, D.

(6) Art. 3, fr. II del Cód. de Proc. Civ. del D. F. de México.

cios, así como á la prestación de una caución *de non amplius turbando.* La acción negataria no es cedible sino por los daños y perjuicios, bajo todos los demás aspectos es incedible. Si el propietario la cede á un tercero, éste obrará en general por cuenta del cedente; en provecho de este último serán pronunciados el reconocimiento de la libertad de la propiedad y la condenación á las restituciones necesarias y á la prestación de la caución *de non amplius turbando.* El cesionario no obrará por su cuenta personal sino en cuanto á los daños y perjuicios. No existe en efecto ningún motivo para que, desde este último punto de vista la acción negatoria no sea cedible. Pero ella no debía serlo sino desde este punto de vista. El propietario que cede su acción negatoria, no quiere, en manera alguna, despojarse de su cosa en provecho del cesionario; de otra manera, le haría tradición de ella y el *accipiens* convertido en propietario ejercitaría la acción negatoria con esta última calidad. Puesto que el cedente entiende conservar la propiedad de la cosa, el reconocimiento, de la libertad de su propiedad y la condenación á las restituciones ó á la caución de *non amplius turbando,* no podían ser el objeto de la cesión (1).

3º La acción confesoria es cedible en el mismo sentido que la acción negatoria, es decir, para los daños y perjuicios; ella es incedible bajo todos los demás aspectos. Las consideraciones que hemos hecho valer con ocasión de la acción negatoria se aplican plenamente á la acción confesoria, *mutatis mutandis;* aquí se trata no del derecho de propiedad y del reconocimiento de su libertad, sino del derecho de servidumbre y de su reconocimiento (2).

4º Muy delicada es la cesibilidad de la acción hipotecaria. Es claro que la cesión de la obligación principal garan-

---

(1) Maynz, II, § 190, B 1º.

(2) Maynz, II, § 190, B 2º.—Art. 3, frac. II del Cód. de Proc. Civ. del D. F. de México.

tizada por la hipoteca, importa la traslación de la hipoteca y de la acción hipotecaria que son sus accesorios (1). Pero ¿se puede ceder la acción hipotecaria sin la obligación principal? Evidentemente no es posible transferirla de esta obligación á otra. Pero pensamos que, quedando la acción hipotecaria unida á la acción primitiva, es susceptible de ser cedida á un tercero. El cedente quedará acreedor; el cesionario sucederá solamente en su acción hipotecaria. Él podrá demandar por esta acción á los terceros detentadores de la cosa hipotecada y hacérsela restituir. Además, del mismo modo que la cesión de la acción reevindicatoria implica la voluntad de transferir la propiedad, la cesión de la acción hipotecaria supone la intención de enajenar el derecho de hipoteca. Luego el cesionario podrá también vender la cosa hipotecada y retener sobre el producto de la venta el monto de la obligación principal; no deberá cuenta al cedente de esta retención, porque ha obrado en su interés propio. Por su lado el deudor quedará libre hacia el cedente, y la cesión de la acción hipotecaria habrá tenido por consecuencia la extinción de la obligación principal (2).

B) En lo que concierne á las acciones personales:

1º Perteneciendo los intereses conservatorios de la posesión al poseedor simplemente turbado, no son cedibles sino por los daños y perjuicios; son incedibles en tanto que tienden á hacer reconocer la posesión y á obtener una caución de *non amplius turbando.* Los motivos son los mismos que hemos indicado con ocasión de la acción negatoria (3). Por el contrario, los interdictos recuperatorios de la posesión, así como los conservatorios fundados sobre una desposesión, son

(1) C. 4, 39, l. 8..—Art. 3, fra. IV del Cód. de Proc. Civ. del D. F. de México.

(2) Admiten la cesión de la acción hipotecaria sin la del crédito. Molitor, II, núm. 1190 y 1199 y Vangerow, III, § 574.—*Contra:* Maynz, II, § 190, D.

(3) Núm. II, A, 2º de este párrafo.

plenamente cedibles (1) por analogía con la acción reivindicatoria (2). Aquí igualmente podrá el cesionario hacerse restituir la posesión y guardarla para sí, porque el cedente ha querido enagenarla en su provecho (3).

2°. Son completamente incedibles las acciones públicas, por las cuales todo ciudadano podía constituirse en acusador de un crimen *(acusatio criminis, in crimen subscribere)* (4) y las acciones populares, es decir, las que presumiéndose interesar á toda la sociedad, pertenecían á todos los ciudadanos, como la acción *de sepulcro violato*, la acción *de albo corrupto*, el interdicto *de homine libero exhibendo* (5). La razón es que, antes de la *litis contestatio*, estas acciones no hacen parte del patrimonio de un ciudadano determinado; ellas están en el patrimonio del pueblo entero (6). No comienzan á pertenecer á un ciudadano determinado, sino á partir de la *litis contestatio*, y aun entonces son incedibles como acciones litigiosas.

3°. No admiten tampoco cesión las acciones que tienden á una reparación moral más bien que pecuniaria, según la expresión Romana, *actiones vindictam spirantes*, tales como la acción de injurias (7), la acción de revocación de una donación por causa de ingratitud del donatario (8) y la *querella inofficiosi testamenti* (9). Una reparación moral no puede ser

---

(1) D. 5, 3, l. 16, § 4.
(2) Núm. II, A, 1° de este párrafo.
(3) Maynz, II, § 190, C.
(4) Arg. D. 48, 1, l. 13, § 1.
(5) Arg. D. 47, 23, l. 5.
(6) D. eod., l. 7, § 1 y D. 50, 16, l. 12.
(7) Arg. D. 47, 10, l. 28 y D. 37, 6, l. 2, § 4.—Arts. 641, 643, 644, 645, 647, 648, 651, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662 del Cód. Pen.; 54, 55, 56, 57 y 58 del de Proc. Pen. del D. F. de México.
(8) Arg. C. 8, 55, l. 7, § 3.—Arts. 2646 á 2650 del Cód. civ. del D. F. de México.
(9) Arg. D. 5, 2, l. 4.—Art. 3331 del Cód. civ. del D. F. de México.

demandada sino por aquel en cuyo interés ha sido establecida; un tercero no tiene calidad para reclamarla.

4°. Son también incedibles los créditos que tienen por objeto una prestación cuyo contenido depende de la persona del acreedor. A esta categoría pertenecen los créditos que tienen por objeto, ya servicios en general, como en la *locatio operum* (1), ya la constitución de una servidumbre personal, ora alimentos (2). Siendo determinado el contenido de estos créditos por la persona del acreedor, la cesión de ellos á un tercero cambiaría la obligación (3).

5°. Los tutores y curadores no pueden ser cesionarios de un crédito contra la persona sometida á su tutela ó curatela. Se ha temido que fuesen arrastrados por la cesión á destruir los medios de defensa del incapaz (4). Hé aquí por qué aun después de que su tutela ó curatela ha tenido fin, no les es permitido hacerse cesionarios de créditos ya nacidos contra el incapaz durante la administración, porque hubieran sido posibles los fraudes en vista de una cesión futura (5).

6°. ¿Se puede ceder el propio crédito contra un fiador? Si se cede el propio crédito contra el deudor principal, se cede virtualmente el que se tiene contra el fiador; lo accesorio sigue la condición de lo principal (6). Pero es también posible ceder el propio crédito contra el fiador, sin el crédito principal. El derecho del cedente contra la caución pasará tal cual es al cesionario, y particularmente éste podrá ser rechazado por el beneficio de discusión. Si la caución paga al cesionario, habiendo sido hecho este pago válidamente en virtud de la cesión, librará al deudor principal; la cesión de

---

(1) Arg. D. 12, 6, l. 26, § 12, é *Id.* 38, 1, l. 9, § 1.

(2) Arg. D. 2, 15, l. 8, § 10.—Analog. art. 225 del Cód. civ. del D. F. de México.

(3) Arg. D. 38, 1, l. 9, § 1.

(4) Nov. 72, cap. 5, § 1.—Art. 523 del Cód. civ del D. F. México.

(5) Nov. 72, cap. 5, § 1.

(6) D. 18, 4, l. 23.

lo accesorio habrá producido la extinción de lo principal. Es claro, por lo demás que no es posible la cesión separada del crédito contra la caución sino á condición de que ésta continúe garantizando la misma obligación principal, en el sentido que acabamos de indicar; no puede tratarse de transferir la obligación del fiador á otra obligación principal. Así entendida, la cesión separada del crédito contra el fiador parece no suscitar ninguna objeción; sin embargo, no por esto es menos controvertida (1).

7°. ¿Se pueden ceder los créditos que nacen de convenciones vilaterales? Tal cesión es posible bajo todos respectos, ya se trate de convenciones vilaterales perfectas ó de convenciones vilaterales imperfectas, de convenciones transmisibles ó de convenciones intransmisibles á los herederos de las partes. El socio, el mandante y el mandatario pueden ceder su crédito contra el cocontratante, aunque la Sociedad y el mandato no pasan á los herederos; la cedibilidad de las obligaciones nada tiene de común con su transmisibilidad (2). Poco importa también que el contratante no pueda substituirse un tercero en la ejecución de sus obligaciones; no podría resultar de esto una imposibilidad de ceder los créditos que le pertenecen; el socio puede plenamente ceder sus créditos contra sus consocios (3). Es no menos que indiferente que el crédito que nace del contrato vilateral tenga por objeto prestaciones contínuas ó prestaciones sucesivas. El arrendador y el arrendatario de una cosa son admitidos á ceder, en todo ó en parte, sus créditos respectivos en razón del arrendamiento (4); estos créditos no tienen ningún carácter personal. La misma cesión es permitida al dueño

(1) Véase en nuestro sentido, Molitor, II, núm. 1199.

(2) D. 17, 2, l. 68; *Id.* 10, 3, l. 14, § 3.—Maynz, II, § 190, nota 15.

(3) D. 17, 2, l. 68; *Id.* 10, 3, l. 14, § 3.

(4) salvo cuando la cesión sea imposible por parte de un arrendatario á quien el contrato probibe subarrendar.—Arts. 2986 á 2989 del Cód. Civ. del D. F. de México

de la obra y al empresario, cuando los servicios han sido arrendados en vista de una obra determinada (*locatio operis*) (1). Nuestras fuentes reconocen, por lo demás, la cedibilidad de la *actio locati* (2) y de la *actio conducti* (3) y casi todos nuestros autores están conformes en este punto (4). En fin, la cedibilidad de los créditos fundados sobre convenciones bilaterales, no encuentra obstáculo en la circunstancia de que el deudor cedido es todavía acreedor recíproco del cedente y no puede ser obligado á pagar sino después de haber sido pagado él mismo por el cedente. Así es cómo el vendedor puede, antes de la entrega de la mercancía, ceder su crédito contra el comprador. Pero en tanto que la cosa no le hubiera sido entregada, el comprador cedido rechazará al cesionario, como hubiera podido rechazar al vendedor, porque dispone contra el cesionario de todos los medios de defensa qué le competían respecto del cedente (5). Lo que acabamos de decir precisa el sentido en que las convenciones cinalagmáticas dan lugar á la cesión. Ésta tiene por objeto el crédito resultante de tales convenciones, y de ninguna manera la deuda correlativa al crédito; esta deuda continúa perteneciendo al cedente. La cesión no tiene por objeto el conjunto de la relación obligatoria; el cesionario no se hace vendedor, arrendador, socio, mandante, etc., etc., en el lugar y modo del cedente. No sucede sino en una de las faces de la relación obligatoria, en la faz activa y no en la faz pasiva, y no sucede, por otra parte, en el crédito del cedente, sino tal como pertenece á este último (6).

8º. ¿Se puede ceder una obligación natural? Sí, con los derechos que le son inherentes: excepción contra la *condictio in-*

(1) Núm. II, B, 4º de este párrafo.
(2) D. 7, 1, l. 59, § 1.
(3) D. 32, *de leg.* III, l. 30, § 1.
(4) Molitor, II, núm. 1197.—Maynz, II, § 190, nota 15.
(5) D. 17, 2, l. 68, é *Id.* 10, 3, l. 14, § 3.
(6) C. 4, 39, l. 2.

debiti, compensación, acción *ex stipulatu* contra los fiadores, acción hipotecaria, etc. En el caso de cesión de una ligación civil, el cesionario goza de los diferentes derechos y desde entonces la cesión de una obligación natural debe ser válida en el mismo sentido (1). Sin embargo, el cesionario de una obligación natural no puede oponerla en compensación, á no ser que se haya hecho deudor civil del cedido posteriormente á la cesión; si le fuese permitido compensar con el crédito natural sus deudas civiles anteriores á la cesión, ésta le proporcionaría un medio de librarse de su deuda civil, comprando á vil precio un crédito natural contra su acreedor. Los intérpretes del Derecho Romano están divididos sobre la cedibilidad de la obligación natural y sobre la facultad de oponerla en compensación. Muchos rechazan la cedibilidad (2); otros que la aceptan, admiten (3) ó excluyen (4) de una manera demasiado general la compensación (5).

9º En fin, ¿es permitido ceder á un hijo sometido á patria potestad un crédito contra su padre, ó bien á éste un crédito contra aquel, ó bien todavía al hijo un crédito contra otro sometido al mismo poder paterno? Esta cesión no encuentra ningún obstáculo en los principios generales del Derecho Romano, aunque el crédito cedido no fuese relativo á los peculios castrence ó cuasi castrence. Sin embargo, fuera de estos peculios sólo es posible una obligación natural entre personas unidas por el poder paterno (6), el crédito cedido quedará reducido al estado de obligación natural en tanto que subsistiere el lazo del poder paterno entre el cesionario y el cedido (7).

---

(1) Arg. D. 36, 1, l. 41, l. 6, § 2.—*Inst.* 2, 23, § 4, D. 36, 2, l. 25, § 1.

(2) Entre otros Schmid, I, § 9, III.—La opinión común nos es favorable: Molitor, II, núm. 1186.—Maynz, II, § 190, C. y nota 12.

(3) Molitor, II, § 190, C. y nota 12.

(4) D'Avis y Aonts, X, núm. 5, págs. 114 y 125.

(5) Worms, p. 17.

(6) Véase *supra*, § 47, II, 2º.

(7) D. 44, 7, l. 7.

¿*Quid* si se hace una cesión contra alguna de las reglas mencionadas? La cesión es nula y se la considera como no verificada. Luego el crédito no pasa al cesionario, se queda con el cedente (1). Por excepción de esta regla, en el caso de una cesión hecha al tutor ó al curador del deudor cedido, éste queda libre. El acreedor del incapaz es privado de su derecho á título de pena; si hubiera permanecido acreedor, nada hubiera sido más fácil que eludir la prohibición de la ley, haciendo demandar al incapaz por el cedente y por cuenta del tutor ó del curador (2). El incapaz no está ya obligado ni naturalmente hacia el cedente (3).

III. La cesión de un crédito exige una justa causa y ésta se presenta bajo dos formas diferentes: Es ó un acto jurídico que tiene por objeto la enagenación del crédito, ó la ley que, independientemente de cualquier acto jurídico, impone al acreedor la obligación de transferir su crédito.

A) Teniendo el acto jurídico por objeto la enajenación del crédito, puede ser una venta (4), una donación (5), una constitución de dote (6), una sociedad (7), una convención de partición (8), una dación en pago (9), una transacción, un legado (10), una sentencia dictada, sea sobre la acción en partición (11), sea sobre otra acción; particularmente el de-

---

(1) C. 8, 36, l. 2.

(2) Nov. 72, cap. 5, § 1.

(3) Arg. Nov. 72, cap. 5, § 1.—Molitor, II, núm. 1201.—Del mismo modo, en el caso de una cesión hecha á un hombre poderoso, el deudor queda libre por un motivo análogo [arg. C. 2, 13, l. 2], sin que subsista una obligación natural.

(4) C. 4, 39, l. 8.

(5) C. 8, 53, l. 33.

(6) C. 4, 10, l. 2.

(7) D. 17, 2, l. 3.

(8) D. 10, 2, l. 2, § 5.

(9) C. 4, 15, l. 5.

(10) C. 6, 37, l. 18.

(11) D. 10, 2, . 3.

mandante victorioso puede ser autorizado por el Magistrado á embargar créditos pertenecientes al demandado, á efecto de demandar como cesionarios á los deudores del demandado (1). En general, estos actos jurídicos quedan sometidos á los principios del derecho común. ¿Se trata de dar un crédito superior á 500 sueldos? La donación, para ser válida, deberá ser insinuada (2), y si es un esposo quien hace donación de crédito á su cónyuge, la liberalidad no producirá sus efectos á no ser que el donante muera durante el matrimonio, sin haberla revocado (3). Por su lado, el legado de un crédito debe reunir las condiciones ordinarias requeridas para la confección de un legado, y no se hace eficaz, si no es que la herencia haya sido adquirida por aquellos que eran llamados á ella en primer lugar (4). Pero, en el caso de venta, para que el crédito vendido sea transferido al comprador, no es necesario que éste haya pagado el precio de la cesión, aunque en el caso de venta de una cosa corpórea, la propiedad no sea transferida al comprador sino por la tradición y el pago del precio (5). Esta última regla tiene un carácter excepcional, y por tanto no admite extensión analógica (6).

B) La ley obliga á la cesión de un crédito en los casos siguientes:

1º El deudor solidario demandado por el todo puede exigir del acreedor la cesión de las acciones que le pertenecen en razón de la deuda, á menos que el recurso contra sus coobligados no le sea directamente rehusado (7).

2° El tercero detentador de buena fe de una cosa hipote-

---

(1) D. 42, 1, l. 15, § 8 y 10.
(2) *Inst.* 2, 7, § 2.
(3) D. 24, 1, l. 32, § 1, 2 y 14 y l. 62, § 1.
(4) D. 31 *de leg.* II, l. 81, é *Id.* 32, *de leg.* l. 1, § 9.
(5) D. 18, 1, l. 19.
(6) En este sentido Schmid, I, § 21, A, 2°, págs. 263 y 264.
(7) *Supra*, § 52, I, B, § 53, 1° y nota, pág.

cada, es decir, aquel que ha adquirido esta cosa sin haber conocido la hipoteca, puede, cuando es demandado por el acreedor hipotecario, reclamar de éste la cesión de sus derechos y acciones, ofreciéndole el pago de su crédito (1).

3º Cuando el demandado por una acción cualquiera se encuentra por su culpa impedido de restituir en especie la cosa reclamada, y es condenado á pagar su estimación, puede obligar al demandante á cederle sus acciones relativas á la cosa. Obteniendo el demandante el valor de la cosa, es justo que se despoje de sus derechos con respecto á ella. En realidad la cosa que hace el objeto de la demanda, se reputa vendida al demandado por el monto de la estimación (2). Este principal se aplica á la reivindicación (3), á la petición de herencia (4), y á las acciones personales (5). En general, el demandado tiene derecho á la cesión de las acciones del demandante, aun cuando sea condenado por dolo (6). Hay que exceptuar de esto el caso en que se trata de un demandado ó reivindicación (7) ó por petición de herencia (8); de otra manera, dicen nuessras fuentes, el demandado dispondría de un medio cómodo de apropiarse el bien de otro, haciéndose condenar al pago de su valor (9).

En los tres casos mencionados, la cesión de crédito impuesta al demandante respecto del demandado, constituye para este último un medio de defensa; de aquí el nombre de

---

(1) D. 20, 4, l. 19.
(2) D. 6, 2, l. 7, § 1.
(3) D 6, 1, l. 63.
(4) Arg. l. 63 cit.
(5) D. 4, 9, l. 6, § 4; *Id.* 19, 2, l. 25, § 8; *Id.* 42, 1, l. 12; *Id.* 47, 2, l. 54, § 3.
(6) D. 42, 1, l. 12; *Id.* 11, 3, l. 14, § 9.
(7) D. 6, 1, l. 69 y 70.
(8) Arg. L. 69 y 70 cits.
(9) L. 70 cit.—Maynz, I, § 119 y notas 21, 23, 24 y II, § 409, B y nota 45.—*Contra:* Molitor, II, núm. 1207.

beneficio de cesión de acciones (*beneficium cedendarum actionum*) (1).

4°. Cuando el deudor de una cosa por un título cualquiera es librado de su obligación, porque está en la imposibilidad de entregar la cosa á consecuencia de una circunstancia que no le es imputable, debe al menos ceder á su acreedor las acciones que ha podido adquirir con respecto á la cosa. La regla se aplica, entre otros casos, á la venta (2), al depósito (3), á la obligación de ejecutar un legado (4), así como al demandado por reivindicación (5), á la petición de herencia (6) y á la acción hipotecaria (7).

5° Cualquiera que adquiere un crédito en la administración de los negocios de otro, como mandatario, gestor de negocios, tutor ó curador, está obligado á cederlo á su principal (8). El administrador deberá ceder aún la restitución entera que ha podido adquirir; particularmente el gestor de negocios menor, estará obligado á ceder al dueño la restitución entera por causa de minoridad (9). Sin embargo, el principal no tendría derecho á la cesión de la restitución entera si hubiera renunciado á este beneficio, por ejemplo dando un mandato á un menor, cuando conocía su edad (10).

C) Como la justa causa de la cesión es unas veces un acto jurídico y otras la ley, los autores acostumbran distinguir las cesiones voluntarias y las necesarias (11). Esta di-

(1) Partida 5ª, tít. 12, l. 11 y 12.
(2) *Inst.* 3, 23, § 3.
(3) D 16, 3, l. 16.
(4) D. 9, 2, l. 15.
(5) D. 6, 1, l. 21.
(6) D. 5, 3, l. 20, § 17 y l. 40, § 2.
(7) Arg. de los textos citados en las dos notas precedentes.
(8) D. 17, 1, l. 43; *Id.* 13, 7, l. 13; *Id.* 26, 9, l. 2.—Arts. 2364 y 2365 del Cód. civ. del D. F. de México.
(9) D, 4, 4, l. 24, Paulo I, 9, § 2.
(10 Paulo, I, 9, § 2 initio.
(11) Molitor, II, núms. 1203 y 1210.

visión no es racional. La cesión es necesaria aun cuando sea impuesta al acreedor por un acto jurídico; se verifica en virtud de una necesidad jurídica (1).

En todos los casos, la división es inútil y nuestras fuentes se abstienen de establecerla.

SECCIÓN II.—EFECTOS DE LA CESIÓN.

Los efectos de la cesión deben ser considerados desde luego entre el cedente y el cesionario; después, respecto del deudor.

§ 68. *Efectos entre el cedente y el cesionario.*

Es preciso partir del principio que la cesión de un crédito es una enajenación; el derecho común de las enajenaciones le es aplicable. En consecuencia:

I. El cedente está obligado á procurar para el cesionario el beneficio del crédito, y particularmente á cederle sus acciones (2). Con mayor razón, no puede despojar al cesionario de la ventaja de la cesión, produciendo por obra suya la extinción de la deuda, recibiendo el pago, remitiendo la deuda al deudor, concluyendo una novación con él, etc.; de lo contrario, debe pagar los daños y perjuicios al cesionario (3).

(1) Arndts, § 255.

(2) 18, 4, l. 23 —Art. 1638 del Cód. civ. del D. F. de México.—Olea, *de cess jur. et act.* tít. 6, p. 354; Escriche, *Dicc.* "cesión de acciones."—*Curia Filípica*, part. 2, juicio ejecutivo. § 9.—L. L. 64, tít. 18, Partida 3ª y 3, tít. 2, lib. 4 de la Recop.—*Febrero Mexicano de Galván*, tom. 2, p. 229, núm. 8.—Sentencias: del Juzgado 6° de lo Civil de México, de 12 de Julio de 1861 (*Gacet. de Trib.*, tom. 3, p. 312); de la 2ª Sala de la Suprema Corte de Justicia, de 29 de Junio de 1862 (*Gacet. de Trib.*, tom. 4, p. 71); del Juzgado 2° de lo Civil, de 23 de Marzo de 1860 (*Gacet. de Trib*, tom. 4, p. 331) y del Juzgado Civil de México, de 7 de Agosto de 1838 (*Gacet. de Trib.*, tom. 2, p. 653).

(3 D. L. 23 cit.

II. En lo que concierne á la garantía debida por el cedente al cesionario, hay lugar á separar las cesiones á título oneroso de las á título gratuito.

A) En el caso de una cesión á título oneroso, el cedente debe garantizar la existencia (1) y la eficacia (2) del crédito; estará, pues, sometido á un recurso de parte del cesionario si el crédito cedido no es sino natural ó bien si el deudor dispone de una excepción de dolo ó de violencia (3). El cedente debe también garantizar el monto del crédito, si, como sucede habitualmente, este monto es indicado en el contrato, porque por esta mención él afirma una cabidad especial del crédito (4). Pero por regla general no responde de la solvencia del deudor. Esta solvencia no afecta al derecho mismo del acreedor; es un hecho que el cesionario puede y debe verificar antes de contratar; si ha descuidado inquirirlo, soporta la pena de su incuria (5). Por derogación de esta regla:

1° El cedente puede, por una cláusula especial del contrato, garantizar la solvencia del deudor (6). Debe entonces garantizar que el deudor es solvente en el momento de la cesión; pero no responde de su solvencia subsecuente. En derecho, al afirmar que el deudor puede pagar, el cedente se limita á afirmar que puede pagar actualmente; y aun su-

(1) D. 18, 4, l. 4.—Art. 1640 del Cód. civ. del D. F. de México.—Escriche, *Dicc.* v. cesión.—*Curia Filípica*, lib. 2, cap. 6, § 4 y 5.—Sentencias: del Juzgado 5° de lo Civil de México, de 31 de Mayo de 1860 y del Juzgado 3° de lo Civil de íd., de 9 de Junio de 1862 (*Gacet. de Trib.*, tom. 4, ps. 4 y 413.

(2) D. 18, 4, l. 5.—Art. 1640 cit.

(3) L. 5 cit.

(4) Arg. L. 5 cit.

(5) D. 18, 4, l, 4; *Id.* 21, 2, l. 74, § 3.—Art. 1641 del cód. civ. del D. F. de México.—Bolaños, lib. 2, cap. 6, núms. 30 y 33.—Sentencias: del Juzgado 3° de lo Civil de México, de 9 de Junio de 1862 y del 2° de íd., de íd. de 23 de Marzo de 1860 (*Gacet. de Trib.*, tom. 4, ps. 4 y 33).

(6) D. 18, 4, l. 4.—Art. 1641, del cód. civ. del D. F. de México.

poniendo que la cláusula fuese dudosa, la duda debería aprovechar al promitente. En realidad, si el deudor se hace insolvente después, es á causa de la negligencia en la demanda por lo que el cesionario sufre una pérdida. Sin embargo, si el crédito cedido es condicional ó á plazo, la garantía de la solvencia del deudor se refiere á la época del cumplimiento de la condición ó de la expiración del plazo; no es sino en esta época cuando la solvencia del deudor presenta interés; es, pues, á ella á la cual las partes han entendido referirse (1).

2° El cedente que conoce la insolvencia del deudor en el momento de la cesión, debe declararla al cesionario; de lo contrario está expuesto á un recurso en razón de su dolo (2).

Se resumen las reglas mencionadas, diciendo que el cedente debe prestar el *nomen verum*; pero no el *nomen bonum*.

¿Debe garantizar los accesorios del crédito cedido, tales como los intereses, la pena convencional, la hipoteca ó la fianza? En principio no; estos accesorios no hacen el objeto de la cesión, y el cesionario debe imputarse á sí mismo haber supuesto gratuitamente su existencia. El cedente no está sometido á la garantía de los accesorios del crédito, salvo si han sido comprendidos en la cesión de una manera especial, y esta garantía se rije por las mismas reglas que la de la obligación principal. Ella tiene, pues, por objeto la existencia y la eficacia del derecho accesorio, así como su monto si el contrato lo indica. Pero el cedente no responde de la solvencia del fiador, salvo los casos de convención especial y de dolo. No responde tampoco de la prelación de la hipoteca, salvo las mismas excepciones; como la solvencia del deudor, á la cual ella se parece, la prioridad de la hipoteca es independiente del derecho mismo de hipoteca cuya exis-

---

(1) Molitor, II, núm. 1217 y Maynz, II, § 189, nota 15.

(2) D. 21, 2, l. 74, § 3.—Arts. 1296, fr. III, 1297 y 1641 del Cód. civ. del D. F. de México.

tencia ha afirmado el cedente, y si hubiera duda á este respecto, sería necesario también decidirse en favor del promitente (1).

B) Si la cesión del crédito se ha hecho á título gratuito, el cedente no debe ninguna garantía al cesionario; el autor de una liberalidad no quiere transferir al gratificado sino los derechos que puede tener él mismo (2). En el caso de dolo, deroga como siempre el derecho común (3).

§ 69. *Efectos respecto del deudor.*

I. La cesión como tal no tiene efecto respecto del deudor; es para él una *res inter alios acta.* Luego en principio la deuda persiste entre el cedente y el cedido; puede extinguirse entre éllos por el pago, la remisión, la novación, etc., y si después de esta extinción se presenta el cesionario, el deudor libre ya de su deuda, no está obligado á pagarle (4). Pero el deudor está obligado hacia el cesionario cuando la cesión le ha sido notificada (5) ó él la ha reconocido (6). La notificación puede hacerse de cualquiera manera: judicialmente, por la notificación del acto ó extrajudicialmente, por escrito ó de viva voz, por el cesionario ó por el cedente. Del mismo modo el reconocimiento de la cesión no está sometido á ninguna formalidad; puede verificarse tácitamente, por ejemplo, si el deudor cedido hace un pago parcial al cesionario (7); puede también hacerse respecto del cedente (8).

(1) D. 20, 1, l. 30.
(2) D. 30 *de leg.* I, l. 75, § 1 y 2.—Arg. D. 39, 5, l. 18, § 3.
(3) Arg. L. 18, § 3 cit.
(4) C. 4, 35, l. 3; C. 8, 16, l. 4, C. 8, 41, l. 3; D. 2, 15, l. 17.
(5) Arg. L. 3 cit.—Arts. 1631, 1632, 1633, 1634 y 1635 del Cód. civ. del D. F. de México.
(6) *Id. Id.*
(7) L. 3 cit.—Art. 1633 del Cód. civ. del D. F. de México.
(8) Est reconocimiento equivale á una notificación hecha por el cedente.

Pero no basta que de hecho el deudor haya adquirido conocimiento de la cesión; debe serle hecha una advertencia por el cedente ó por el cesionario; no tiene necesidad de otorgar fe á un rumor de cesión. A partir de la notificación ó del reconocimiento de la cesión, el cedido cesa de ser deudor del cedente; su verdadero acreedor es ahora el cesionario y por consiguiente no se libra ya pagando al cedente (1). Si el cedente y el cesionario demandan simultáneamente al deudor, prevalece el cesionario (2).

II. ¿Cuál es el efecto, respecto del deudor, de dos cesiones suscesivas? El principio que debe seguirse, es que la segunda cesión transfiere al cesionario todos los derechos que podían todavía pertenecer al cedente; pero nada más que estos derechos. Según esto, si la segunda cesión se verifica *después* de la notificación (ó el reconocimiento) de la primera, el segundo cesionario no tendrá derecho alguno contra el deudor, porque el cedente mismo no lo tenía. Si la segunda cesión se verifica *antes* de la notificación de la primera, la deuda podrá también extinguirse entre el cedido y el segundo cesionario, como entre el cedido y el cedente, puesto que el segundo cesionario tiene todos los derechos de éste. Pero una notificación del segundo cesionario no liga al deudor hacia él; el cedente no puede, por una notificación hecha al deudor, despojar al primer cesionario del beneficio de la cesión (3); el segundo cesionario no lo puede tampoco. Por el contrario, si el primer cesionario notifica su cesión, aun cuando sea después de la notificación del segundo cesionario, excluye á éste, como excluye al cedente; la deuda no puede ya extinguirse sino entre él y el cedido. Se enseña erróneamente á veces que si el segundo cesionario notifica antes que el primero, prevalece sobre éste (4). Si los dos cesionarios de-

(1) Arg. C. 8, 41, l. 3.—Art. 1635 del Cód. civ. del D. F. de México.
(2) D. 3, 3, l. 55.
(3) Arg. D. 3, 3, l. 55.
(4) Molitor, II, núm. 1218.

mandan al mismo tiempo al deudor, el primero en fecha debe, pues, ser preferido.

III. Si el cesionario de un crédito lo cede por su lado á otra persona, es necesario también ver si la anterior cesión se ha hecho *después ó antes* de la notificación ó el (reconocimiento) de la cesión principal. En el primer caso, la notificación de la cesión principal ha excluído ya al cedente, y por consiguiente el cesionario principal y el cesionario posterior aparecen respectivamente frente del deudor como cedente y como cesionario. En el segundo caso, la cesión posterior por sí misma no impide que la deuda pueda extinguirse ya entre el cedido y el cedente, ya entre el cedido y el cesionario principal; es en el deudor una *res inter alios acta*, no menos que la cesión principal. Si el cesionario principal notifica la traslación al deudor, excluye al cedente; pero la deuda continúa pudiendo extinguirse entre el cedido y el cesionario principal. Si el cesionario posterior hace la notificación al deudor, excluye á la vez al cedente y al cesionario principal, aun cuando este último hubiera ya notificado anteriormente al deudor la traslación consentida en su favor; esta notificación debe ceder ante la notificación subsecuente de la cesión posterior. Si el cesionario posterior demanda al mismo tiempo que el cedente ó el cesionario principal, obtien la preferencia (1).

IV. El cesionario que demanda al deudor, debe naturalmente establecer su cualidad. Si obra por la acción directa (*alieno nomine*), está sometido á la caución (*ratam rem dominum habiturum* exigida á los mandatarios *ad litem* que no son nombrados judicialmente y no están escudados de una procuración escrita, á menos que la justa causa de la cesión no sea una disposición de la ley (2). Todo cesionario debe también prestar caución al deudor de defenderle contra

(1) Arg. D. 3, 3, 55.

(2) D. 3, 3, l. 33, § 5.—*Inst.* 4, 11, § 3, Gayo, IV, 98 y 100.

una demanda ulterior de acreedor primitivo ó de otro cesionario que pudiera negar la validez del pago hecho por el deudor; el acreedor primitivo puede sostener que la cesión es nula; otro cesionario puede pretender que el deudor estaba ligado hacia él en razón de una cesión más antigua y debidamente notificada (1). En todos los casos, el cesionario pagado está obligado á defender al deudor contra las demandas subsecuentes (2). Del mismo modo si el cedente reclama el pago, negando la validez de una cesión notifidada al deudor, debe prestar caución de defenderle contra una demanda ulterior del cesionario y, llegado el caso, defenderle efectivamente (3).

V. Por regla general, el cesionario goza respecto del deudor de todos los derechos del cedente, puesto que el crédito ha sido enagenado en su favor (4). Pero no tiene derechos más extensos, no pudiendo nadie transferir á otro más derechos que los que tiene él mismo (5).

A). Él tiene todos los derechos del cedente, sean principales ó accesorios. A esta última categoría pertecen los intereses convencionales, la pena estipulada, la hipoteca ó la fianza que garantiza el crédito cedido; lo accesorio sigue la condición de lo principal (6). El cesionario se aprovecha de estas ventajas del crédito si el cedente las ha estipulado des-

---

(1) Arg. D. 31, *de leg.*, II, l. 8, § 3 y D. 32, *de leg.*, III, l. 11, § 21.

(2) Arg. D. 31, *de leg.*, l. 8, § 3.

(3) Arg. D. 16, 3, l. 1, § 37, é *Id.* 31, *de leg.*, II, l. 8, § 3.

(4) D. 18, 4, l. 23.—Art. 1638 del Cód. civ. del D. F. de México.

(5) C. 4, 10, l. 7, § 1; D. 2, 15, l. 17.—Art. 1639 del Cód. civ. del D. F. de México.—Sentencias: de los Juzgados 1° y 2° de Letras de Guanajuato, de 28 de Noviembre de 1853 (*Gacet. de Trib.*, tom. 3, pág. 283); del Juzgado 6° de lo Civil de México, de 29 de Octubre de 1861 (*Id.*, *Id.*, tom. 3, pág. 552) y de la Comandancia general de México, de 27 de Febrero de 1852 (*Id.*, *Id*, tom. 4, pág. 270).

(6) D. 18, 4, l. 23; C. 4, 10, l. 7.

pués de la cesión, en cuyo caso constituyen un *commodum rei* (1). Pero:

1. ¿El cesionario tiene derecho á los privilegios del cedente? La afirmativa no parece dudosa para los privilegios reales, es decir, inherentes al crédito; el privilegio es un accesorio del crédito; el carácter excepcional de lo accesorio es indiferente. Pero, aun cuando se trate de un privilegio personal del cedente, los efectos que este privilegio ha producido ya en el momento de la cesión, pasan al cesionario, porque se han hecho un accesorio ordinario del crédito; el emolumento adquirido por el cedente en virtud de su privilegio, no tiene nada de personal. En cuanto al privilegio personal considerado en sí mismo, no aprovecha al cesionario; no produce ya nuevos efectos en su favor; su naturaleza se opone á ello; estaba unido á una persona determinada é inseparable de ella. Según esto, si el fisco cede uno de sus créditos, el cesionario podrá reclamar los intereses que han corrido hasta el día de la cesión, en razón del privilegio personal que hace los créditos fiscales productivos de intereses de pleno derecho; pero á partir de la cesión se detendrá el curso de los intereses (2). Del mismo modo, el cesionario de un crédito fiscal sucederá en la hipoteca privilegiada del fisco; porque el privilegio del fisco, á pesar de su carácter personal, ha producido su efecto; los bienes del deudor están afectados por la hipoteca privilegiada (3). Es preciso decir otro tanto del beneficio de la restitución entera, adquirido por el cedente en virtud de una causa personal tal como la minoridad (4). Pero un simple privilegio personal de pago (*privilegium exigendi*) (5) ó de procedimiento, por ejemplo, un *forum* pri-

(1) D. 18, 4, l. 6.—Sobre un crédito genérico ó alternativo, véase *supra*, § 42 y nota 4, pág. 219 y § 44, II.

(2) *Non obstat* D. 22, 1, l. 43.

(3) C. 7, 73. l. 7, é *Id.* 8, 18, l. 2.

(4) D. 4, 4, l. 24.—Véase *supra*, § 67, III, B. 5° y nota 9, pág. 363.

(5) D 26, 7, l. 42.

vilegiado, en nada aprovecha al cesionario; no podría tratarse en el caso de un derecho adquirido por el cedente al tiempo de la cesión (1).

2. Una cuestión conexa es la de si el cesionario puede aplicar sus propios privilegios al crédito cedido. La negativa se funda solamente en derecho y en equidad; en derecho no siendo la cesión de un crédito sino una enagenación, no podría transferir al cesionario derechos que no pertenecían al cedente, y la equidad prohibe agravar la posesión del deudor sin su consentimiento; luego el cesionario no puede invocar un privilegio de pago que le compete á título personal, ni el cesionario menor el beneficio de la restitución entera (2), ni el fisco cesionario su hipoteca privilegiada ó su derecho á los intereses legales (3). Sin embargo, el cesionario es admitido á invocar sus privilegios de procedimiento, tales como un *forum* privilegiado, y aun la restitución entera de los menores contra un acto de procedimiento (4). Estos privilegios, que no tocan al fondo del crédito, son usados por el cesionario, que no ejerce así, á decir verdad, derechos más extensos que los del cedente (5).

B). En lo que concierne á las excepciones del deudor, conviene separar aquellas de que él disponía contra el cedente, de aquellas que tienen su causa en la persona del cesionario:

1. El deudor puede oponer al cesionario las diferentes excepciones que tenía contra el cedente (6), aun aquellas que eran personales de este último. En efecto, la sustitución del cesionario al acreedor primitivo ha sido producida por el hecho del cesionario; él es quien ha puesto al deudor en

(1) Molitor, II, núms. 1220, 1222, Maynz, II, § 189, B, 1°.

(2) Arg. D. 4, 4, l. 38.—Art. 1639 del Cód. civ. del D. F. de México.

(3) D. 22, 1, l. 17, § 6, l. 43, é *Id.* 49, 14, l 6.—Pothier, *Pand.* 49, 14, núm. 38, nota g.

(4) Arg. D. 4, 4, l. 7, § 2.

(5) Molitor, II, núm. 1223, Maynz, II, § 189, B, 1° y nota 25.

(6) D. 2. 15, l. 17.

la imposibilidad de usar respecto del cedente de su excepción personal y desde entonces no podría ser admitido á prevalerse de la personalidad de la excepción (1). Particularmente, el deudor puede oponer al cesionario la excepción de dolo que ha adquirido contra el cedente (2), la excepción fundada en una remisión de deuda personal del cedente (3) y el beneficio de competencia que se fundara en relaciones personales entre el cedente y el deudor, y que no existen entre el cesionario y el deudor. En vano se objeta que el beneficio de competencia se refiere al procedimiento, que no afecta al derecho del acreedor, y que por tanto, rehusándolo al deudor respecto del cesionario, no se le quita ningún derecho.

La verdad es que el beneficio de competencia limita el derecho mismo del acreedor; éste no es en realidad acreedor, sino hasta la concurrencia de lo superfluo del deudor. Y sería tanto más injusto privar al deudor cedido de su beneficio de competencia, cuanto que éste es un favor de pura equidad (4). La regla, según la cual el deudor conserva respecto del cesionario las excepciones que tenía contra el cedente, admite solamente dos modificaciones:

a). Él no puede oponer al cesionario las excepciones adquiridas contra el cedente después de la notificación (ó reconocimiento) de la cesión. En efecto, á partir de la notificación, el cedente cesa de ser acreedor del cedido, y desde entonces no se comprende que éste adquiera todavía excepciones contra él. Esta regla se aplica, entre otros casos, al pago, á la remisión de deudas y á la novación que se celebrara entre el cedente y el cedido después de la notificación de la ce-

(1) Molitor, II, núm. 1228.

(2) *Non obstat.* D. 44, 4, l. 4, § 27 y 28.—Molitor, II, núm. 1228, Maynz, II, § 189, B, 2º y nota 28.

(3) *Non obstat.* D. 2. 14, l. 28, § 2 y l. 27, § 1.—Estos textos son extraños á la cesión de créditos, Molitor, II, núm. 1227 y Maynz, II, § 189, B, 2º.

(4) Molitor, II, núm. 1226.—*Contra*: Maynz, II, § 189, B, 2º y nota 30.

sión (1). En lo que concierne á la compensación, si ha sido regularmente opuesta al cedente antes de la notificación, ha librado al cedido de su deuda, y por tanto, es claro que el cesionario no tiene acción contra él (2). Pero, además, el deudor puede compensar respecto del cesionario con los réditos que tenía contra el cedente al tiempo de la notificación de la cesión, y que, en este momento, reunían todas las condiciones de la compensabilidad, lo que supone créditos recíprocos exigibles. La razón de esto es que, poseyendo el deudor contra el cedente un crédito compensable en la época de la notificación, tendría el derecho de librarse hácia el cedente por la vía de la compensación, y este derecho no ha podido serle arrebatado por la notificación subsecuente de la cesión (3). Por el contrario, el cedido no puede compensar respecto del cesionario con créditos adquiridos contra el cedente ó que solamente se han hecho compensables después de la notificación de la cesión (4).

b). Tampoco es admitido el deudor á prevalerse, respecto del cesionario, de las excepciones de procedimiento de que disponía contra el cedente. Estas excepciones no afectan al derecho mismo del crédito y, al rehusarlas al deudor contra el cesionario, no se le quita, á decir verdad, ningún derecho. Si, pues, el cedente debía prestar caución en razón de una cualidad especial, esta caución no es debida por el cesionario en cuya persona no se encuentra absolutamente la misma cualidad (5).

2. El deudor puede también invocar las excepciones que tiene su causa en la persona del cesionario, aun cuando ellas tuvieran un carácter personal, como la excepción de dolo (6)

(1) Arg. C. 8, 41, l. 3.
(2) D. 18, 4, l. 23, § 1.
(3) Arg. D. 16, 2, l. 4 y 5.
(4) Molitor, II, núm. 1224.
(5) C. 2, 56, l. únic., § 2.
(6) D. 44, 4. l. 4, § 18.

ó un beneficio de competencia fundado en relaciones personales entre el cedido y el cesionario. En efecto, el cesionario se hace, por la notificación de la cesión, el verdadero acreedor del cedido, y todo deudor puede oponer á su acreedor las excepciones adquiridas contra él, aun cuando sean personales. Por un motivo análogo, el deudor invoca válidamente contra el cesionario las excepciones adquiridas antes de la notificación de la cesión y aun antes de la cesión, por ejemplo, una remisión de deuda ó una novación entre él y el cesionario en previsión de la cesión, y es admitido á compensar con créditos adquiridos contra el cesionario antes de la cesión (1). Basta que la excepción sea fundada. No lo sería la excepción de cosa juzgada deducida de una sentencia obtenida contra el cesionario antes de la notificación de la cesión; no se comprende que tal sentencia se refiera al crédito cedido. Es preciso decir otro tanto de la excepción deducida de un juramento decisorio prestado por el deudor respecto del cesionario antes de la notificación de la cesión (2).

c). ¿De qué réplicas dispone el cesionario?

1. Desde luego, de las réplicas pertenecientes al cedente, puesto que goza de los derechos de éste. Si, pues, el cedente ha comenzado por consentir un pacto liberatorio para el deudor, y más tarde este pacto se ha rescindido de común acuerdo, á la excepción deducida del pacto liberatorio el cesionario, como el cedente, responderá por una réplica fundada sobre la rescisión de la remisión convencional (3). El cesionario dispone también de las réplicas del cedente, que se fundan en un privilegio real ó en los efectos adquiridos por un privilegio personal (4). El fisco cede un crédito que no admite compensación de parte del deudor (5); el cesionario

(1) Arg. D. 16, 2, l. 18.
(2) Molitor, II, núm. 1225.
(3) D. 4, 14.
(4) Véase en esta obra nº V, A, 1º de este §.
(5) C. 4, 31, l. l. 1 y 7.

rechazará la compensación por una réplica fundada en el privilegio del fisco, porque este privilegio, aunque personal, ha producido sus efectos en favor del fisco, porque ha cedido un crédito no compensable (1).

2. El cesionario goza, además, de las réplicas que ha adquirido él mismo contra el deudor; por ejemplo, si ha rescindido de común acuerdo con este último el pacto liberatorio consentido por el cedente ó por el cesionario. La réplica puede fundarse en un privilegio personal del cesionario, si se refiere al procedimiento, particularmente en un *forum* privilegiado (2). Ella puede también haber sido adquirida antes de la notificación de la cesión y aun antes de la cesión (3).

d) ¿Hasta qué punto el deudor puede entablar demandas reconvencionales contra el cesionario? Se llaman así las acciones intentadas recíprocamente por el demandado contra el demandante ante el mismo juez, lo que exige solamente de parte de este último una competencia *ratione materiae* (4). Separemos de nuevo dos casos:

1. En principio, el deudor no puede entablar contra el cesionario demandas reconvencionales fundadas en créditos contra el cedente. En efecto, en el momento de la notificación de la cesión, el derecho de entablar la demanda reconvencional contra el cedente no estaba adquirida por el cedido; este derecho no toma nacimiento en favor del deudor sino cuando él es demandado, en cuyo caso constituye para él un privilegio de procedimiento; en definitiva, el cedido no pierde, pues, ningún derecho; después, como antes de la cesión, él debe demandar al cedente ante el juez competente (5). Hay excepción de esto cuando la cesión ha tenido por obje-

(1) Véase antes nota 5, pág. 374.

(2) Véase en esta obra el núm. V, A, 2º de este §.

(3) Véase en esta obra el núm. V, B, 2º de este §.

(4) D. 5, 1, l. 22; *Id.* 2, 1. l. 11, § 1; C. 3, 13, l. 3.—Art. 945 del Cód. de Proc. Civ. del D. F. de México.

(5) D. 3, 3, l. 34.—Molitor, II, núm. 1230.

to frustrar al cedido su demanda reconvencional; este fraude no debe dañar al deudor (1).

2. Por el contrario, nada impide al cedido demandar reconvencionalmente al cesionario, basándose en un crédito recíproco contra este último (2).

e). Una constitución del Emperador Anastasio introdujo una restricción considerable en los derechos del cesionario respecto del deudor. Ella decidió que, teniendo por objeto una suma de dinero, el comprador de un crédito no podría reclamar del deudor sino el precio de la cesión con los intereses á partir del día del pago (3). El objeto de la ley era impedir el tráfico de créditos y protejer á los deudores contra las vejaciones á que este tráfico se expone de parte de los compradores (4).

1. La ley Anastasiana no se aplica sino á las ventas de créditos que tienen por objeto el dinero (5). Es inaplicable á las cesiones á título gratuito; éstas no se hacen con un objeto de especulación, y por consiguiente, el motivo de la ley no existe. Supongamos una verdadera donación del crédito; si la donación es simulada, si ella disfraza una venta, hay venta y no donación; luego la cesión está sometida á la ley Anastasiana (6). Tal será el caso en que un acreedor declara vender su crédito en parte por cierta suma y hacer donación de la otra parte al cesionario; esta donación parcial del crédito es puramente aparente (7). La ley Anastasiana no es tampoco aplicable á todas las cesiones á título oneroso, sino solamente á la venta de créditos; es el contrato con ocasión

---

(1) *Inst.* 4, 11, § 2; Gayo, 89, 91 y 102.
(2) D. 16, 2, l. 18.
(3) C. 4, 35, l. 22, § 1.
(4) L. 22 cit.—Anal., arts. 1624 y 1625 del Cód. civ. del D. F. de México.
(5) L. 22, § 1 y 3 cits.
(6) C. 4, 35, l. 23, § 2.
(7) L. 23, § 1 cit.

del cual se manifiesta de preferencia el espíritu de especulación que la ley quiere reprimir (1). Además, la venta de un crédito produce sus efectos plenos, cuando por una partición el crédito es puesto en el lote de uno de los comunistas (2), y cuando el crédito es dado en pago á un acreedor (3) ó bien comprado á un acreedor hipotecario por el tercero detentador de la cosa hipotecada para prevenir una evicción (4); en estos diversos casos falta el espíritu de especulación; las partes quieren simplemente proceder á una partición, extinguir una deuda ó concluir un arreglo con motivo de la hipoteca. En fin, la ley Anastasiana no se aplica sino á los créditos que tienen por objeto una suma de dinero, porque es sobre todo con motivo de éstos que el tráfico era de temer (5).

2. Si hay litigio sobre el monto del precio de venta del crédito, toca al cesionario establecer este precio por el título de venta ó de cualquiera otra manera. Pero si el deudor sostiene que el precio enunciado en el título de venta es simulado, que ha habido colusión entre el cedente y el cesionario, la colusión debe ser aprobada por él, porque no se presume. Para imponer al cesionario la prueba del precio de venta, nos fundamos en las siguientes consideraciones: La Ley Anastasiana restrinje los derechos del cesionario: le acuerda solamente una acción contra el deudor por el precio de la cesión (6). La acción del cesionario tiene, pues, á la vez por fundamento la cesión y su precio; el demandante debe establecer estos dos puntos. A la verdad, la Ley Anastasiana concede un beneficio al deudor; lo libra de su deuda por la diferencia entre su monto nominal y el precio de venta, y

(1) C. 4, 35, l. 22, § 1.—Molitor, II, núm. 1231.
(2) L. 22, § 2.
(3) L. 22, § 2.
(4) L. 22, § 2.
(5) Arg. C. 4, 35, l. l. 22 y 23.
(6) L. 22, § 1, L. 23, § 1 cits.

aquel que alega un beneficio ó una liberación, soporta el fardo de la prueba. Pero el beneficio y la liberación de que se trata, no son sino consecuencias de la restricción puesta á los derechos del cesionario. En segundo lugar, tan fácil como es para el cesionario establecer el precio de la cesión, como lo hemos demostrado, sería onerosa esta prueba para el deudor; muy frecuentemente éste no tendría sino el recurso precario de la delación del juramento decisorio; ¿qué se haría en este sistema la protección que la ley quiere asegurarle? Se objeta que la Ley Anastasiana descansa en una presunción de especulación ilícita, de dolo, y que el dolo no se presume. Pero el dolo, si dolo hay, es presumido por la ley, lo cual dispensa de probarlo. Se presenta también un argumento sutil. Suponiendo, se dice, que la prueba incumba al cesionario, si fracasa es preciso admitir que no ha pagado nada, que hay donación del crédito; la Ley Anastasiana sería eliminada; se iría á dar á una consecuencia absurda. La verdad es que, si el cesionario no prueba el precio de la cesión, perderá el litigio por no haber establecido el fundamento de su demanda (1).

3. En virtud de la Ley Anastasiana, el deudor cedido debe pagar solamente al cesionario el precio de la cesión, con los intereses, á partir del día del pago del precio; de esta manera el cesionario queda completamente desinteresado (2). El cedido queda libre del exceso de su deuda. No hay duda que no debe el exceso al cesionario; la ley quiere precisamente que la cesión no produzca efecto sino hasta la concurrencia del precio de venta (3). Pero es préciso también tener por cierto que no debe el exceso al cedente. Desde luego éste, al hacer la cesión, ha renunciado de una manera completa á su derecho; no tiene ya cualidad para obrar con-

(1) Anal. D. 22, 3, l. 17.—Molitor, II, núm. 1231; Maynz, II, § 190.
(2) C. 4, 35, l. 22, § 1.
(3) *Id. Id.*

tra el cedido. Además, la Ley Anastasiana ha sido dictada en interés de los deudores, y desde entonces es natural que aproveche á estos últimos. Se puede añadir que, si el cedente pudiera todavía demandar al cedido, no se ve cómo podría rehusar tomar en cuenta al cesionario el producto de su acción; él ha vendido todo su crédito y sería un verdadero dolo de su parte retener una porción de su producto al obtener así el cesionario la totalidad de la deuda ¿qué se haría la Ley Anastasiana? (1). El cedido no está ya obligado ni aun naturalmente á pagar al cedente la diferencia entre el monto de su deuda y la suma pagada al cesionario; una obligación natural carece de base; la ley ha querido favorecer al deudor y el cedente ha obtenido el precio verdadero de su crédito. Casi todos los autores modernos aceptan estas soluciones (2). Sin embargo, algunos enseñan que, si un crédito ha sido vendido pura y simplemente en menos de su monto nominal, el deudor queda obligado por la diferencia hacia el cedente; no quedaría libre respecto de este último, si no es que la venta del crédito se combinase con la donación simulada de una parte del crédito (3). Esta diversidad de regla es injustificable. Sin duda, en el segundo caso, el cedente es de mala fe; quiere defraudar la Ley Anastasiana; pero, en el primer caso también se debe rehusar una acción al cedente por los motivos indicados antes (4). Otros intérpretes admiten que, cayendo una cesión cualquiera bajo la aplicación de la Ley Anastasiana, deja al menos subsistir una obligación natural (5).

---

(1) Justiniano es formal en este sentido, para el caso en que la venta del crédito es acompañada de una donación simulada de una parte del crédito [C. 4, 35, l. 23, § 1].

(2) Molitor, II, núm. 1231.—Maynz, II, § 190.

(3) Schmid, I, § 8, págs. 38 y 39.

(4) Véase en esta obra, núm. V, E, 3º. de este §.

(5) Machelard, *Obligat. naturelles*, p. 518.

CAPITULO IV.

DEL RECONOCIMIENTO DE UNA DEUDA.

§ 70. *Utilidad del reconocimiento de una deuda.*

El reconocimiento de una deuda puede ser útil desde varios puntos de vista:

1. Sirve para la prueba de la deuda, y particularmente si un escrito recognitivo ha sido formado y menciona la causa de la deuda, diciendo por ejemplo: yo reconozco deber 1,000 por causa de un préstamo; este escrito valdrá como prueba de la obligación preexistente (1).

2. El reconocimiento de una deuda interrumpe su prescripción; desde el momento en que es reconocido el derecho del acreedor, no hay ya lugar para él de proceder judicialmente y cae así el reproche de negligencia que servía de base á la prescripción (2)

3. La obligación creada por el reconocimiento puede ser más ventajosa que la antigua en cuanto al tiempo (3) ó al lugar (4) del pago; puede recaer sobre otra cosa (5) ó bien dar fuerza civil á una obligación simplemente natural (6).

4. El reconocimiento puede hacerse de parte de un nuevo deudor (7) ó bien respecto de un nuevo acreedor (8).

---

(1) D. 16, 13, l. 26, § 2; *Id.* 22, 3, l. 25, § 4.

(2) C. 7, 39, XXX, v. XL, l 7, § 5.—Art. 1117, fr. 4ª del Cód. Civ. del D. F. de México.

(3) D. 13, 5, l. 3, § 2 y l. 4.

(4) D. 13, 5, l. 5.

(5) D. 13, 5, l. 1, § 5.

(6) D. 13, 5, l. 1, § 5.

(7) D. 13, 5, l. 5, § 2.

(8) L. 5, § 2 cit.

§ 71. *Historia.*

1. En los primeros siglos de Roma, el reconocimiento de un crédito se hacía generalmente en la forma de estipulación (1). Al lado de ésta se colocaba el *receptum* de los banqueros, de *recipere* tomado en el sentido de prometer (2). Era, como la estipulación, un contrato en términos solemnes (3) y que exigía probablemente la presencia de las partes (4); pero no una pregunta del acreedor y una respuesta del deudor (5). Frecuentemente el *receptum* se concluía como sigue. Aquel que tenía fondos ó créditos en poder de un banquero, le dirigía las personas á quienes tenía que hacer un pago,, y el banquero se comprometía á pagarles en día fijo (6); era un reconocimiento de la deuda de otro. El *receptum* daba lugar á la *actio recepticia* (7), la cual era perpétua (8). Se aplicaba, por lo demás, á cualquier especie de cosas (9).

2. Sin duda hacia fines de la República, el pretor admitió el reconocimiento de una deuda por simple convención; es el constituto *constitutum*, (10), de *constituere*, que significa aquí fijar día para un pago (11). Le agregó la *actio de peonia constituta* (12), Pero la institución nueva era limitada bajo dos aspectos: no se aplicaba sino á las deudas de cosas fungi-

---

(1) *Inst.* 4, 6, § 9.
(2) Nonius marcellus, *de propr. seom*, v. Récipere, c. 4, § 399.
(3) C. 4, 18, l. 2.
(4) Arg. l. 2 cit.
(5) Schilling, III, § 338.
(6) Ortolán, III, núms. 16013 y 2104.
[7] C. 4, 18, l. 2; *Inst.* 4, 6, § 8.
[8] Arg. C. 4, 18, l. 2 y § 1.
[9] Theophilo, I, 4, 6, § 8.—Pero no estaba subordinada á la condición de una deuda preexistente (C. 4, 18, l. 2, § 1).
[10] D. 13, 5. l. 1.
[11] Tácito, *Germania*, 11.—D. 13, 5, l. 21, § 1.
[12] *Inst.* 4, 6, § 8.

bles (1), y en ciertos casos, que nos son desconocidos, la *actio de pecunia constituta* se prescribía por un año (2).

3. Justiniano generalizó el constituto extendiéndolo á toda clase de deudas (3). Sometió también de una manera general la *actio de pecunia constituta* á la prescripción de 30 años (4). En cuanto al *receptum* de los banqueros, había ya caído en desuso antes de Justiniano (5). Resulta de aquí que, en el nuevo Derecho Romano, el reconocimiento de una deuda puede hacerse por medio de una estipulación (6) ó por un simple pacto de constituto. Pero el constituto sólo era usado en Roma y á él vamos á referirnos en lo que sigue. Lo hemos representado como un reconocimiento de deuda; es, en efecto, su carácter esencial (7) y no tiene otro (8).

§ 72. *Condiciones del reconocimiento de una deuda.*

El reconocimiento de una deuda exige las siguientes condiciones:

1. El autor del reconocimiento debe ser capaz de obligarse (9), puesto que se trata de crear una obligación á su cargo (10).

2. Se necesita una deuda preexistente; de otra manera el reconocimiento no tiene objeto (11). No se reconoce, pues, válidamente una deuda inexistente, tal como una deuda de

---

[1] C. 4, 18, l. 2, § 1.—Theophilo, I, 4, 6, § 8.
[2] C. 4, 18, l. 2, § 1.—Gayo, IV, 171, D. 13, 5, l. 18, § 2.
[3] C. 4, 18, l. 2, § 1.
[4] L. 2, § 1 cit.
[5] L. 2, initio cit.—*Inst.* 4, 6, § 8.
[6] Arg. *Inst.* 4, 6, § 9; *Non obstat*, Theophilo, I, 4, 6, § 8, initio in las *Basílicas* XXVI, 7, c. 1.
[7] Namur, II, § 314.
[8] D. 13, 5, l. 14, § 1 y 2.
[9] D. 13, 5, l. 1, § 2.
[10] D. 13, 5, l. 1 § 2.
[11] Véase el § siguiente.

juego ó de intereses usurarios (1), ni aun un crédito ineficaz á consecuencia de una excepción perentoria perteneciente al deudor (2). Pero una deuda válida, cualquiera, es susceptible de reconocimiento; la obligación que se trata de reconocer, puede ser natural (3); puede también ser condicional ó á plazo (4), en cuyo caso el reconocimiento será afectado de la misma modalidad (5), etc., (6). Se puede reconocer la propia deuda ó la deuda de otro; de aquí un constituto de la deuda propia y un constituto de la deuda agena (*constitutum debiti proprii, constitutum debiti alieni*); este último es una intercesión de que ya se ha hablado (7). En sentido inverso es posible reconocer la propia deuda respecto de un nuevo acreedor, con el consentimiento del antiguo (8). Debiendo probar todo demandante el fundamento de su acción, aquel que demanda la ejecución del reconocimiento está obligado á establecer que había una deuda preexistente, un préstamo de consumo, un depósito, una venta, ó cualquiera otra causa de obligación. Si se ha hecho un escrito recognitivo y menciona la causa de la deuda, diciendo, por ejemplo: Reconozco deber 1,000 por causa de un préstamo; el escrito probará plenamente la deuda preexistente (9), sin perjuicio de la prueba contraria de parte del signatario del pagaré (10). Pero si el escrito recognitivo no especifica la causa de la deu-

---

[1] Arg. D. 13, 5, l. 1, § 1.—Arts. 2772 y 2773 del Cód. civ. del D. F. de México.

[2] L 3, § 1 cit.

[3] D. 13, 5, l. 1, § 7; C. 4, 28, l. 2.

[4] D. 13, 5, l. 3, § 2, l. 4 y l. 19; C. 4, 18, l. 25, § 1.—Justiniano presenta esta regla como dudosa en el derecho anterior.

[5] D. 13, 5, l. 19 y Arg. D. 45, 1, l. 47.

[6] D. 13, 5, l. 1, § 6 y 8; l. 3, 11, 21, 23, 25, § 1 y 29.

[7] *Inst.* 4, 6, § 9; D. 13, 5, l. l. 2 y 5, § 2 y 3 y l. 31; C. 4, 18, l. 1 y 3.

[8] D. 13, 5, l. 5, § 2 y l. 7, § 1.—Pothier, *Pand*, 13, 5, *de pec. const.*, núm. 12.

[9] D. 22, 3, l. 25, § 4; C. 4, 30, l. 13.

[10] D. 22, 3, l. 25, § 4; C. 4, 30, l. 13.

da, si dice simplemente: reconozco deber 1,000 (1), el demandante deberá establecer por otro modo de prueba que, al tiempo del reconocimiento, era acreedor en virtud de determinada causa (2). Si ningún escrito recognitivo ha sido formado, la misma prueba incumbirá al demandante (3).

3. El reconocimiento no puede tener más extensión que la obligación originaria; si ésta es de 10,000, el reconocimiento no puede recaer sobre 12,000. En tanto que él excede á la deuda antigua, carece de objeto; no concierne ya á una deuda preexistente; queda, pues, reducido á esta última, á 10,000 (4). Sin embargo, la regla admite temperamentos en cuanto á los accesorios de la obligación; el reconocimiento puede ser más ventajoso al acreedor en cuanto al tiempo (5) y al lugar del pago (6). Puede también tener por objeto otra cosa, con tal de que no comprenda más (7). En fin, si la deuda reconocida es simplemente natural, el acreedor adquirirá, por el fundamento del reconocimiento, una obligación civil (8). Es claro que el reconocimiento puede tener menos extensión que la antigua obligación (9).

4. Es necesario el consentimiento de las partes, y particularmente deben las partes haber tenido en mira un reconocimiento de deuda, porque éste no se presume (10). Luego el deudor debe haber tenido la intención de contraer una nueva obligación. La promesa de que el acreedor quedaría satisfecho, sin que se diga por quién (*Fiet tibi satis*), no tiene

[1] En el caso precedente, se habla de una *cautio discreta;* aquí, de una *cautio indiscreta* (Arg. D. 22, 3, l. 25, § 4).

[2] D. 22, 3, l. 25, § 4.

[3] Salvo también la prueba contraria.—(Nota 10, pág. 384).

[4] D. 13, 5, l. 1, § 8; l. 11. § 1 y l. 12.

[5] D. 13, 5. l. 3, § 2 y l. 4.

[6] D. 13, 5, l. 5.

[7] D. 13, 5, l. 1, § 5 y l. 25.

[8] D. 13, 5, l. 1, § 7; L. 14, § 1 y 2; L. 21, § 2.

[9] D. 13, 5, l. 13 y 19, § 1.

[10] D. 13, 5, l. 1, § 4.

este carácter (1). Es preciso, además, que las partes no hayan querido verificar otra convención que un reconocimiento de deuda (2). La simple estipulación de una cosa que hacía ya el objeto de una obligación, no vale como reconocimiento de deuda, si el promitente no manifiesta la intención de consagrar ó de asegurar la antigua deuda (3). Por lo demás, el sólo consentimiento de las partes basta para que la deuda sea válidamente reconocida. Ninguna formalidad es necesaria, y en particular la de la estipulación es inútil, porque el constituto es un pacto pretoriano (4). El consentimiento puede ser tácito; la promesa de pagar una cosa que se declara debida en virtud de una causa anterior, implica un reconocimiento de esta deuda (5). No es esencial que el reconocimiento sea acompañado de la fijación de un día para el pago (6). Pero como lo indica el nombre del constituto (7), era usual un término, de tal modo que si el constituto había sido hecho de una manera pura y simple, el constituyente tenía derecho, según la voluntad presunta de las partes, á un plazo moderado que el juez fijaba en cada caso particular y cuyo mínimum era de diez días (8). Tampoco es de la esencia del constituto que el constituyente prometa pagar; el hecho de haber reconocido la deuda, es suficiente é implica, por lo demás, la promesa de pagar (9). El reconocimiento de una deuda puede también hacerse condicionalmente (10), como á plazo ó pura y simplemente (11).

---

[1] Novella, 115, cap. 6.
[2] D. 13, 5, l. 1, § 4.
[3] D. 41, 1, l. 25.
[4] *Inst.* 4, 6, § 9; D. 13, 5, l. 1 y 5, § 3; l. 14, § 3; l. 15, 24 y 26.
[5] D. 13, 5, l. 5, § 3 y l. 24.
[6] C. 4, 18, l. 1, § 1.
[7] Véase *supra*, § 71, 2°. initio.
(8) D. 13, 5. l. 21, § 1.
(9) D. 13, 5, l. 26.
(10) D. 13, 5, l. 19, § 1.
(11) D. 13, 5, l. 14.

Conforme á los principios generales sobre las convenciones (1), el deudor no puede prometer que un tercero pagará (2) ni el acreedor estipular el pago en provecho de un tercero (3). Pero el reconocimiento puede hacerse por un nuevo deudor (*constitutum debiti alieni*) (4), ó bien respecto de un nuevo acreedor con el consentimiento del antiguo (5), con tal de que el pago de la deuda sea prometido ó estipulado en nombre propio (6).

§ 73. *Efectos del reconocimiento de una deuda.*

1. El principal efecto del reconocimiento de una deuda es crear una obligación nueva que da lugar á la *actio de pecunia constituta* (7). Pero ella no produce una novación de la antigua deuda; ésta subsiste al lado de la nueva. No solamente no se presume la novación, y en la duda hay que pronunciarse contra ella, sino que en el caso las partes, lejos de querer novar la antigua obligación, quieren consagrarla y asegurarla (8). A consecuencia del reconocimiento, hay, pues, dos obligaciones, y en el caso de reconocimiento de una deuda civil, dos acciones, Sin embargo, como el reconocimiento no hace sino consagrar la deuda anterior, la obligación nueva que ella crea es más bien formal que material; en realidad no existe sino una sola obligación, á saber, la antigua obligación, fortificada por el reconocimiento (9).

(1) Véase *infra*, § 111.

(2) D. 13, 5, l. 5, § 4.

(3) L. 5, § 5 cit.—*Inst.* 3, 19, § 3; D. 13, 5, l. 14, § 2.—*Novella*, 115, cap. 6; D. 13, 5, l. 8 y 7, § 1.

(4) D. 13, 5, l. 5, § 2 y 8.

(5) D. 13, 5, l. 5, § 2 y l. 7, § 1.

(6) D. 13, 5, l. 5, § 6.—Véase, sin embargo, l. 5, § 9 cit.

(7) *Inst* 4, 6, § 8; D 13, 5, l. 26, l. 22, l. 30, l. 5, § 1, l. 31 y l. 20.

(8) D. 13, 5, l. 18, § 3; *Id.* 12, 2, l. 36; *Id.* 13, 5, l. 28, é *Id.* 15, 3, l. 15.—Maynz, II, 9 251.

(9) Arg. D. 12, 2, l. 36; *Id.* 13, 5, l. 18, § 3 y l. 22.

Se sigue de esto que un solo pago es debido y extingue á la vez las dos obligaciones (1).

Consideremos ahora en particular cada una de estas obligaciones. La antigua queda generalmente sometida á las reglas anteriores, entre otras desde el punto de vista de su extinción (2). Sin embargo si, al tiempo del reconocimiento, el deudor había estipulado ciertas ventajas que restringían la deuda originaria y el acreedor quisiera demandar ésta con menos precio de la convención nueva, sería rechado por la *exceptio doli vel pacti conventi;* tal sería el caso en que el acreedor hubiera acordado al deudor un plazo más largo para el pago; tal sería también aquel en que las partes hubieran restringido una obligación alternativa á un objeto único (3). En cuanto á la obligación creada por el reconocimiento, en principio y salvo convención contraria, es regida por las mismas reglas que la obligación primitiva. Luego el reconocimiento de una deuda condicional ó á plazo es de derecho condicional (4) ó á plazo (5); la responsabilidad del deudor en la ejecución de la obligación nueva es también la misma (6) y el deudor conserva el beneficio de competencia que le pertenecía en relación con la deuda originaria (7). Pero, cualquiera que sea la duración de la prescripción de la antigua deuda, la nueva dura 30 años; la *actio de pecunia constituta* es una de las raras acciones pretorianas sometida á la prescripción de 30 años (8).

La acción es, por otra parte, de buena fe (9).

2. El reconocimiento de una deuda es también interruptivo de su prescripción (10).

---

(1) D. 13, 5, l. 18, § 3.
(2) D. 13, 5, l. 18, § 1.
(3) D. 13, 5, l. 25, § 25.
(4) D. 13, 5, l. 19.
(5) Arg. l. 19 cit. y D. 45, 1, l. 47.
(6) D. 13, 5, l. 16, § 2 y 3 y l. 18.—Maynz, II, § 251.
(7) D. 13, 5, l. 2; *Id.* 39, 5, l. 33.
(8) C. 4, 18, l. 2, § 1.—D. 13, 5, l. 18, o 1.
(9) Arg. D. 13, 5, l. 1.
(10) C. 7, 39, XXX v. XL, l. 7.—Art. 1117, fr. 4ª del Cód. civ. del D. F. de México.

FIN DEL TOMO PRIMERO.

Tabla de las materias contenidas en el Tomo primero.

TÍTULO I.

DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL.

PAGS.

§ § 1. Nociones 5

CAPITULO I.—De los efectos de las obligaciones.

„ 2. Resumen de la materia 9

Sección I.—*Del pago.*

„ 3. Generalidades 9
„ 4. De la persona que paga 10
„ 5. De la persona á quien se paga 15
„ 6. Del objeto del pago 22
„ 7. Del lugar del pago 38
„ 8. Del tiempo del pago 47
„ 9. De la prueba del pago 49
„ 10. Del efecto del pago 51
„ 11. De los derechos del deudor impedido de pagar por circunstancias relativas al acreedor 53

Sección II.—*De la inejecución de las obligaciones.*

„ 12. De las causas de inejecución de las obligaciones 60
„ 13. Reglas generales sobre la responsabilidad del deudor 68
„ 14. Modificaciones de la responsabilidad ordinaria del deudor. 72
„ 15. De la prueba 80
„ 16. Efectos de la inejecución culpable de la obligación 80
„ 17. Efectos de la inejecución no culpable de la obligación 96

SECCIÓN III.—*De la mora.*

PAGS.

§ § 18. Observaciones generales........ 124
„ 19. Condiciones de la mora del deudor........ 129
„ 20. Condiciones de la mora del acreedor........ 141
„ 21. Efectos de la mora del deudor........ 146
„ 22. Efectos de la mora del acreedor........ 154
„ 23. De la cesión de la mora........ 156

SECCIÓN IV.—*De los medios de asegurar la ejecución de las obligaciones.*

„ 24 Enumeración........ 158

I.—De la cláusula penal.

„ 25. Nociones generales........ 159
„ 26. ¿En qué momento se incurre en la pena?........ 162
„ 27. Efectos de la pena en que se incurre........ 166

II.—De la dación de arras.

„ 28. Nociones generales........ 173
„ 29. Efecto de las arras........ 174

III.—De las intersecciones.

„ 30. Generalidades........ 179

A] De la fianza.

„ 31. Nociones y especies........ 183
„ 32. Condiciones de la fianza........ 184
„ 33. Efectos de la fianza........ 187
„ 34. Del recurso á que da lugar la fianza........ 198

B] Del constituto de la deuda de otro; § 35........ 201
C] Del mandato en favor de un tercero; § 36........ 202
D] De las interseciones de las mujeres; „ 37........ 205

„ 38. Teoría del S. C. Veleyano........ 207
„ 38 bis. Reformas de Justiniano........ 211

CAPITULO II.—DE LAS DIVERSAS ESPECIES DE OBLIGACIONES.

SECCIÓN I.—*De las obligaciones de dar y de las obligaciones de hacer.*

„ 39. Objeto de la división........ 213
„ 40. Importancia de la división........ 214

Sección II.—*De las obligaciones de un cuerpo cierto y de las obligaciones genéricas.*

PAGS.

§ § 41. Objeto de la división 215
„ 42. Importancia de la división 216

Sección III.—*De las obligaciones conjuntivas, alternativas y facultativas.*

„ 43. De las obligaciones conjuntivas 220
„ 44. De las obligaciones alternativas 220
„ 45. De las obligaciones facultativas 231

Sección IV.—*De las obligaciones civiles y de las obligaciones naturales.*

„ 46. Reglas generales 233
„ 47. De las diversas obligaciones naturales 240

Sección V.—*De las obligaciones de buena fe y de las obligaciones de derecho extricto.*

„ 48. Nociones é historia 257
„ 49. Indicación de las obligaciones de buena fe y de las obligaciones de derecho extricto 259
„ 50. Importancia de la división 260

Sección VI.—*De las obligaciones solidarias.*

„ 51. Noción y condiciones de la solidaridad 262
„ 52. Efectos de la solidaridad 269
„ 53. Del recurso á que da lugar la solidaridad 282
„ 54. De la pretendida distinción entre la solidaridad y la correalidad 287

Sección VII.—*De las obligaciones indivisibles.*

„ 55. De las causas de la indivisibilidad de las obligaciones... 291
„ 56. Importancia de la indivisibilidad de las obligaciones.... 300
„ 57. Del recurso á que da lugar la obligación indivisible..... 312
„ 58. Diferencia entre la solidaridad y la indivisibilidad de las obligaciones 313

Sección VIII.—*De las deudas de dinero:* § 59..... 315

PAGS.

SECCIÓN IX.—*De la obligación de reparar un daño*: § 60 318

SECCIÓN X.—*De la obligación de pagar intereses.*

§ § 61. Nocionns generales 322
„ 62. De las causas de la obligación de pagar intereses 326
„ 63. De las restricciones puestas á las deudas de intereses 330

SECCIÓN XI.—*De las obligaciones privilegiadas.*

„ 64. Nociones generales 335
„ 65. Enumeración de las obligaciones privilegiadas 336

CAPITULO III.—DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS.

SECCIÓN I.—*Noción y condiciones.*

„ 66. Noción de la cesión 337
„ 67. Condiciones de la cesión 350

SECCIÓN II.—*Efectos de la cesión.*

„ 68. Efectos entre el cedente y el cesionario 364
„ 69. Efectos respecto del deudor 367

CAPITULO IV.—DEL RECONOCIMIENTO DE UNA DEUDA

„ 70. Utilidad del reconocimiento de una deuda 381
„ 71. Historia 382
„ 72. Condiciones del reconocimiento de una deuda 383
„ 73. Efectos del reconocimiento de una deuda 387